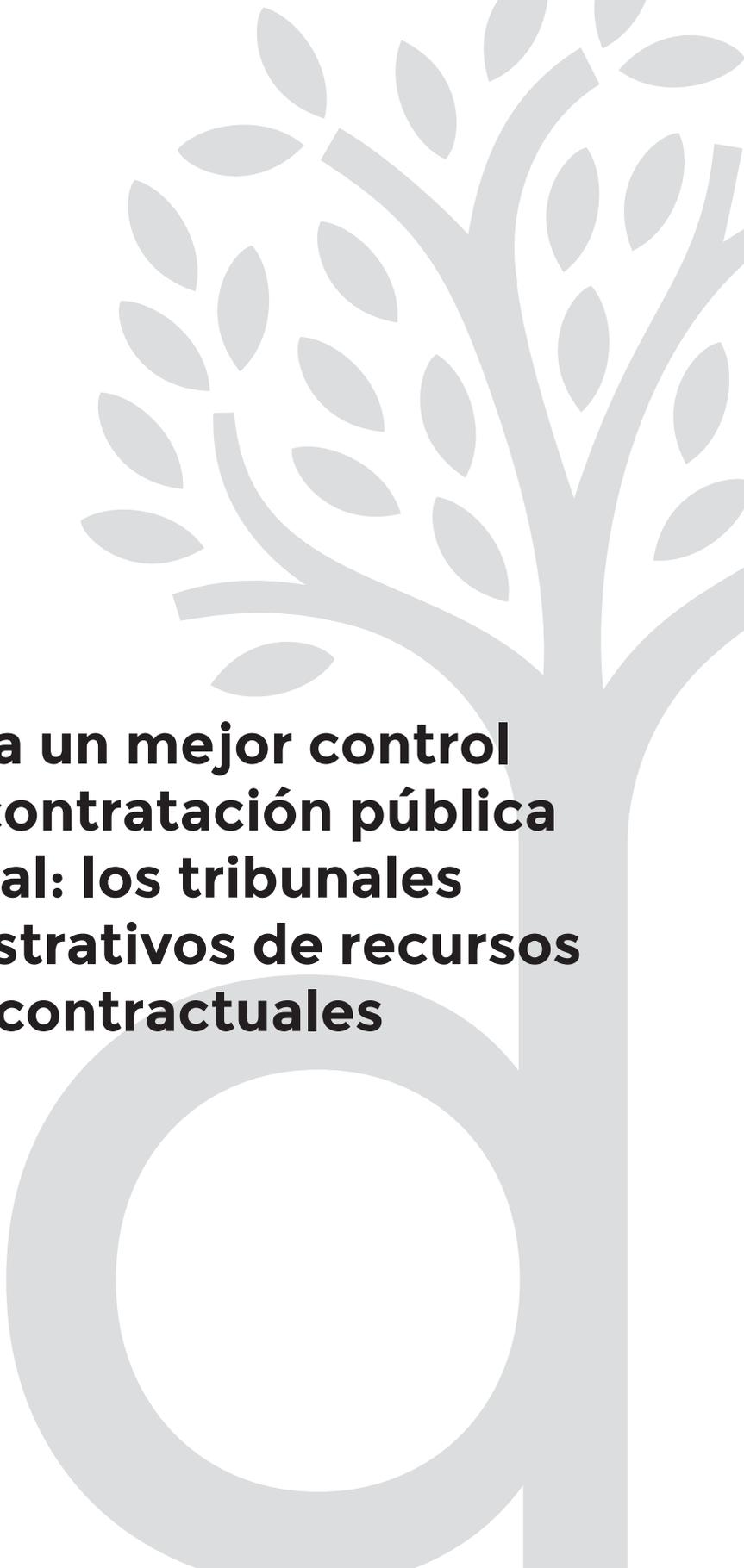


Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales

Director: Alfredo GALÁN GALÁN

**Coordinadores: Marc VILALTA REIXACH
Ricard GRACIA RETORTILLO**

Ernest ALEMANY SELLE Andrés Fernando OSPINA GARZÓN
Francisco José CAÑAL GARCÍA Sònia RAMOS GONZÁLEZ
M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA Iván RODRÍGUEZ FLORIDO
Alfredo GALÁN GALÁN Adolfo RODRÍGUEZ MORILLA
Gianluca GARDINI Carme SIBINA VIDAL
Ricard GRACIA RETORTILLO Joaquín TORNOS MAS
Germán LOZANO VILLEGAS Francisco TOSCANO GIL
Marc VILALTA REIXACH

A stylized, light gray tree graphic is positioned on the right side of the page. It features a thick trunk that curves slightly to the left at the bottom, and several branches extending upwards and outwards. The branches are adorned with numerous small, oval-shaped leaves, also in a light gray color. The overall style is minimalist and modern.

**Hacia un mejor control
de la contratación pública
local: los tribunales
administrativos de recursos
contractuales**

Claves **44**

Serie Claves del Gobierno Local

Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales

Director: Alfredo GALÁN GALÁN
Coordinadores: Marc VILALTA REIXACH
Ricard GRACIA RETORTILLO

Ernest ALEMANY SELLE	Andrés Fernando OSPINA GARZÓN
Francisco José CAÑAL GARCÍA	Sònia RAMOS GONZÁLEZ
M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA	Iván RODRÍGUEZ FLORIDO
Alfredo GALÁN GALÁN	Adolfo RODRÍGUEZ MORILLA
Gianluca GARDINI	Carme SIBINA VIDAL
Ricard GRACIA RETORTILLO	Joaquín TORNOS MAS
Germán LOZANO VILLEGAS	Francisco TOSCANO GIL
Marc VILALTA REIXACH	

Proyecto “Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales” (PID2019-106255GB-I00) financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033.

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona
c/ Fernando el Santo 27, bajo A - 28010 Madrid
www.gobiernolocal.org

Corrección y revisión de textos: María Teresa Hernández Gil

Producción: Solana e hijos, A.G., S.A.U.

Depósito legal: M-16418-2024

ISBN: 978-84-128852-0-0

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita del titular del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamos públicos.

Introducción	9	ALFREDO GALÁN GALÁN
CAPÍTULO I	19	Presentación de la metodología de la investigación CARME SIBINA VIDAL Y RICARD GRACIA RETORTILLO
CAPÍTULO II	49	La naturaleza jurídica particular de los tribunales administrativos de recursos contractuales FRANCISCO TOSCANO GIL
CAPÍTULO III	85	La independencia funcional de los tribunales administrativos de recursos contractuales MARC VILALTA REIXACH
CAPÍTULO IV	121	El diseño de la planta de los tribunales administrativos de recursos contractuales: marco normativo y realidad empírica RICARD GRACIA RETORTILLO
CAPÍTULO V	153	Responsabilidad patrimonial por daños causados como consecuencia del funcionamiento de los tribunales administrativos de recursos contractuales ALFREDO GALÁN GALÁN
CAPÍTULO VI	191	La ejecución de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales JOAQUÍN TORNOS MAS
CAPÍTULO VII	209	El auge de la actividad de los tribunales administrativos de recursos contractuales y la limitación de la extensión de los escritos IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO

- CAPÍTULO VIII 229 La potestad sancionadora de los tribunales administrativos de recursos contractuales**
ERNEST ALEMANY SELLE
- CAPÍTULO IX 259 La revisión de oficio de la formalización del contrato como garantía de la eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales**
M. MERCÈ DARNACULLETA GARDELLA Y SÒNIA RAMOS GONZÁLEZ
- CAPÍTULO X 299 Estudio comparado de los tribunales económico-administrativos**
FRANCISCO JOSÉ CAÑAL GARCÍA
- CAPÍTULO XI 319 Remedios alternativos a la justicia tradicional en la contratación pública: el modelo italiano frente al dogma de la indisponibilidad del poder**
GIANLUCA GARDINI
- CAPÍTULO XII 343 El control de la contratación pública en Alemania**
M. MERCÈ DARNACULLETA GARDELLA
- CAPÍTULO XIII 373 El control de la contratación pública en el Reino Unido**
ADOLFO RODRÍGUEZ MORILLA
- CAPÍTULO XIV 417 Un “tribunal administrativo” de recursos contractuales en Colombia. Una discusión aplazable, mas no evitable**
ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN
- CAPÍTULO XV 449 Los tribunales especializados en contratación pública en América Latina: elementos para su discusión en Colombia**
GERMÁN LOZANO VILLEGAS

Introducción

Alfredo Galán Galán

*Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local.
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad
de Barcelona*

El libro que aquí se prologa es el principal resultado del trabajo realizado por un equipo de investigadores en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: “Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales” (PID2019-106255GB-I00). El objeto de este proyecto es el análisis, diagnóstico y propuesta de solución a una serie de cuestiones problemáticas relativas a los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC), que tienen como denominador común las referencias a su naturaleza jurídica peculiar como órganos cuasi jurisdiccionales.

Para contextualizar la labor investigadora realizada es oportuno comenzar haciendo referencia a sus antecedentes más inmediatos. Así, sin ninguna duda, el punto de partida debemos situarlo en el marco del derecho de la Unión Europea, que, entre otras muchas cuestiones, ha puesto especial atención en las garantías de tutela de los licitadores; para asegurar no solo los principios de igualdad, transparencia, publicidad y no discriminación que rigen la adjudicación de los contratos públicos, sino también la propia eficacia de los procedimientos de contratación. Y es que, como se ha afirmado por la doctrina científica, la protección de la competencia en la contratación pública no solo exige prever reglas de adjudicación, sino también mecanismos eficaces para proteger los intereses de los licitadores en los procedimientos de contratación.

De este modo, haciendo un breve repaso histórico, podemos señalar que el actual sistema de recursos especiales en materia de contratación encuentra su origen en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y

administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras —modificada posteriormente por la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre—, que requería a los Estados miembros prever un procedimiento de impugnación de carácter nacional al objeto de controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa sobre contratación pública. De acuerdo con el derecho europeo, estos procedimientos podían encomendarse o bien a órganos administrativos de carácter independiente o bien a órganos de carácter judicial.

Inicialmente en España no se estimó oportuna la creación de ninguna vía especial de recurso en materia de contratación, puesto que se consideró que las exigencias europeas ya se satisfacían con el sistema ordinario de tutela administrativa y jurisdiccional. Sin embargo, en la práctica no era así, puesto que a la denunciada escasa eficacia de los procedimientos de recurso administrativo se unía la excesiva duración en el tiempo de los procesos jurisdiccionales.

Este planteamiento cambió completamente con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al prever un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, que pretendía acelerar la reacción frente a posibles vulneraciones de las normas de adjudicación. Y poco tiempo después, el ordenamiento jurídico español aún dio un paso más, puesto que la Ley 34/2010, de 5 de agosto, atribuyó la competencia para resolver los mencionados recursos especiales en materia de contratación a una serie de órganos administrativos independientes, de carácter especializado, cuya resolución pone fin a la vía administrativa.

Desde estos antecedentes, y con el paso previo del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, llegamos a la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que, siguiendo con la regulación anterior, contempla el recurso especial en materia de contratación, atribuyendo su conocimiento, en lo que se refiere al sector público estatal, al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y a los órganos competentes que a tal efecto puedan crear —y algunas los han creado ya— las comunidades autónomas o las entidades locales.

Es precisamente en este punto en el que debemos situar el objeto de la investigación realizada. Teniendo en cuenta la importancia que los TARC tienen para garantizar la eficacia de los procedimientos de contratación y la tutela de los intereses de los licitadores, el estudio que se recoge en este

libro profundiza en algunas cuestiones controvertidas que plantean dichos órganos, especialmente relacionadas con su naturaleza jurídica cuasi jurisdiccional. En concreto, la obra se estructura en quince capítulos, dedicados todos ellos, excepto el primero, al análisis de las cuestiones antes mencionadas.

El capítulo I, como se ha avanzado, redactado por Carme Sibina y Ricard Gracia (Universidad de Barcelona), tiene un contenido particular, puesto que se dedica a explicar la metodología empleada. El método adoptado responde fundamentalmente a una doble aproximación, jurídica y empírica, que dota, por tanto, al proyecto de una importante interdisciplinariedad. En particular, en cuanto al método jurídico, se ha realizado un análisis teórico de las fuentes y un análisis comparado de fenómenos similares en el ordenamiento interno (en particular, el examen de los tribunales económico-administrativos) y de fenómenos iguales en los ordenamientos comparados de otros Estados, de Europa y América Latina. La utilización del método empírico se ha traducido esencialmente en la recogida y el análisis de información práctica sobre los TARC, a partir de la realización de dos cuestionarios: uno, relativo a aspectos referidos al propio órgano (organización, funcionamiento, actividad, junto a la ejecutoriedad de sus resoluciones y su posible suspensión o eventuales casos de responsabilidad patrimonial); y un segundo, dirigido a los miembros de los TARC, para identificar su perfil y dedicación, entre otras variables. El capítulo contiene los detalles técnicos relativos a la elaboración de los cuestionarios y del correspondiente trabajo de campo y explotación de resultados, para cuya realización se ha contado con la colaboración de la *Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals*, a cuyo equipo agradecemos su riguroso e inestimable trabajo, que personalizamos en las figuras de su director, Jaume Magre, y la coordinadora del trabajo de campo, Esther Pano. Los resultados obtenidos permiten —con las necesarias cautelas indicadas en el capítulo metodológico— ofrecer, por primera vez entre nuestra doctrina jurídico-administrativa, elementos que hacen posible analizar de forma sistemática y comparada el funcionamiento de estos órganos atendiendo a una imagen más cercana a su funcionamiento real. Del concreto contenido de los datos y de su contraste con el análisis jurídico se da cuenta de manera transversal en los respectivos capítulos de la obra.

Francisco Toscano (Universidad Pablo de Olavide), en el capítulo II, se ocupa de la “naturaleza jurídica particular de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. La pregunta que se formula es si estamos realmente ante órganos administrativos o, por el contrario, su naturaleza jurídica es la de un órgano judicial, llegándose incluso a plantear una tercera

posición, la de que estos órganos tendrían una naturaleza cuasi jurisdiccional. Contribuye a esta polémica el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, a los efectos de la legitimación para el planteamiento de cuestiones prejudiciales, conforme a lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ha calificado expresamente como órgano jurisdiccional al TARC catalán. Tras el análisis que realiza, el autor concluye de manera tajante: los TARC tienen naturaleza jurídico-administrativa. En ellos están presentes todos los rasgos propios de los órganos administrativos, aunque alguno ofrezca singularidades, lo que no es más que una consecuencia de la dificultad de reducir a la uniformidad una institución. Esto es lo que ocurriría con la dependencia jerárquica o con el ejercicio de la potestad administrativa de revisión. En cambio, apenas se detectan los caracteres propios de los órganos judiciales. Lo poco que se ha identificado, como lo relativo a las garantías de independencia y procedimiento, en realidad, no es específico del órgano judicial, sino que es compartido con cualquier órgano administrativo de control. En este mismo sentido, el autor también rechaza la consideración de los TARC como órganos cuasi jurisdiccionales, en la medida en que no acepta fórmulas intermedias: o son órganos administrativos o son órganos judiciales.

En el capítulo III, Marc Vilalta (Universidad de Barcelona) analiza “la independencia funcional de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. La especialización y calificación técnica no son los únicos elementos que definen normativamente a estos órganos, sino que, de acuerdo con la LCSP, la eficacia del recurso especial descansa también, y sobre todo, en su configuración como órganos independientes de la Administración y, por supuesto, también de los posibles licitadores interesados. Con el uso del término “independencia”, según el autor, lo que el legislador pretende destacar es un aspecto fundamental del régimen jurídico de estos órganos: atendiendo a las importantes funciones de control que se les atribuyen, se ha optado por reconocerles una mayor autonomía y capacidad decisoria frente a la Administración. Sentadas estas premisas, se procede posteriormente a delimitar el significado y alcance de la independencia funcional y la determinación de las garantías concretas que existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico para asegurarla.

Ricard Gracia (Universidad de Barcelona), en el capítulo IV, se ocupa de “la planta administrativa de los tribunales administrativos de recursos contractuales”, y, en particular, de su compleja articulación en el nivel local. En efecto, la LCSP establece, con carácter básico, un conjunto mínimo de reglas en relación con la organización institucional encargada de resolver el recurso especial en materia de contratación. Podría decirse que la ley diseña

una planta —territorial y administrativa— de los TARC, que se corresponde, en buena medida, con el modelo constitucional de organización territorial del poder público. De este modo, junto con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la ley prevé la existencia de dichos órganos también en el ámbito autonómico y local. El autor, en este capítulo, examina con detalle esta regulación legal que tiene como efecto, de entrada, un diseño de la planta de los TARC altamente complejo, por cuanto la relevante función de resolución del recurso especial en materia de contratación no se atribuye a un único órgano, sino que normativamente es posible la existencia de muchos órganos de control. Así, esta multiplicidad se ha hecho efectivamente realidad en el nivel autonómico, con la creación de los TARC autonómicos, pero también en el nivel local, donde proliferan asimismo los órganos de control de los contratos públicos; teniendo en cuenta, además, que dentro del nivel local pueden existir, a su vez, distintos escalones territoriales (municipal y provincial). Además, la planta de los TARC se caracteriza también por su asimetría, que, de nuevo, se observa tanto en el nivel autonómico como en el nivel local. En este contexto, en el capítulo, se identifican y analizan los problemas derivados de la mencionada asimetría y complejidad de la planta, para apuntar algunos elementos de reflexión que contribuyan a su superación. Una vez situados los antecedentes y evolución de la normativa sobre los TARC, y con el empleo de un método que combina el análisis normativo y teórico con los datos resultantes del estudio empírico, el capítulo se centra en identificar, a modo de “foto fija”, cuáles son hoy los TARC existentes y activos. Y, a partir de ahí, el autor examina los problemas de tipo tanto competencial como interpretativo inherentes a la regulación vigente de la planta de los TARC. En particular, se valoran las críticas doctrinales vertidas en relación con el actual diseño y realidad de este modelo territorializado, complejo y asimétrico, especialmente centradas en los TARC de ámbito local, y que ponen de manifiesto su afectación tanto a la seguridad jurídica y la igualdad, a la eficacia y la garantía de independencia en la resolución de los recursos, como, desde otra perspectiva, a la propia autonomía organizativa (local). De todo ello, se concluye que una eventual racionalización de la planta de los TARC —especialmente en el ámbito local— puede pasar por potenciar el papel de las diputaciones provinciales y, en todo caso, entender que la existencia de estos órganos —sea cual sea su nivel territorial de actuación— se fundamenta en las garantías de eficacia e independencia de su labor de control de los procedimientos de contratación, y —no menos importante— debe acompañarse de los medios y recursos suficientes para su adecuado desarrollo.

En el capítulo V se contiene el estudio que yo mismo he realizado sobre la “responsabilidad patrimonial por daños causados como consecuencia del

funcionamiento de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. Después de recordar que estamos ante órganos administrativos y que sus resoluciones son actos administrativos, sometidas al régimen jurídico propio de este tipo de actos, se concluye que también lo estarán al régimen de responsabilidad patrimonial propio de los actos administrativos, con las especialidades que la legislación haya podido establecer. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido un régimen especial de responsabilidad patrimonial para estas resoluciones. A continuación se destacan las notas que caracterizan el régimen de responsabilidad de los TARC: es el régimen de responsabilidad propio de la Administración, no el de los órganos judiciales, y es un régimen de responsabilidad extracontractual (o patrimonial), por tanto, no contractual. Tras el examen de cuestiones de tipo procedimental, como las relativas al inicio del procedimiento y la competencia para tramitar y resolver, se profundiza en los títulos de imputación de responsabilidad y los supuestos subsiguientes: responsabilidad patrimonial por anulación judicial de la resolución del TARC y por dilaciones indebidas en la aprobación de la resolución. Se complementa, finalmente, con la profundización en un supuesto: la determinación del sujeto obligado al pago de la indemnización sustitutoria en el caso de imposibilidad de ejecución del contrato por el adjudicatario resultante tras la anulación judicial de una resolución del TARC.

Joaquín Tornos (Universidad de Barcelona), en el capítulo VI, examina “la ejecución de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. Destaca, como punto de partida, que en el origen de estos órganos está la voluntad de configurar un recurso eficaz. A pesar de ello, la normativa de contratos dice muy poco sobre la naturaleza y eficacia de sus resoluciones. Se limita a recordar el carácter ejecutivo de los actos administrativos, y ciertamente lo son las resoluciones del TARC. Pero, como subraya el autor, son unas resoluciones singulares que se dictan en ejercicio de una función de control por un órgano que no está en relación jerárquica respecto de la Administración que puede estar obligada a tener que cumplirla. En este contexto, el problema está servido: ¿qué ocurre si la Administración contratante no deja sin efecto el contrato declarado contrario a derecho o no facilita la información que se le reclama? En este capítulo se busca respuesta a dicho interrogante, bajo la premisa de que los incumplimientos, no generales, no son tampoco hechos aislados, y de que, en todo caso, cuestionan en su raíz la creación de un recurso especial creado precisamente para ser eficaces y, de este modo, evitar la litigiosidad contenciosa.

El capítulo VII, obra de Iván Rodríguez (Universidad Pompeu Fabra), se ocupa del “auge de la actividad de los tribunales administrativos de recursos

contractuales y la limitación de la extensión de los escritos”. También aquí el punto de partida es el recordatorio de que el recurso especial en materia de contratación nació para ser eficaz. Esta nota esencial, sin embargo, se pone en cuestión de la mano del aumento de la actividad de estos órganos y de la falta de correlación de sus medios, lo que puede comportar la dilación de los plazos para la resolución de los asuntos sometidos a su juicio. En este contexto, con la intención de preservar la eficiencia y celeridad de los TARC, el autor nos invita a reflexionar sobre un aspecto procedimental: la limitación de la extensión máxima de los escritos de las partes. Y ello por la razón de que, en cualquier ámbito, administrativo o judicial, la extensión desmesurada de un escrito redundaría en una pérdida de eficiencia, carencias en la claridad del argumentario, dificultades en la lectura y, en definitiva, en un aumento de los costes y recursos necesarios para su análisis, circunstancias que pueden implicar retrasos en la deliberación de los asuntos y en la toma de las decisiones. Perjuicios estos que se proyectarían con más intensidad, si cabe, en los recursos especiales en materia de contratación, puesto que aquí la celeridad y la agilidad son claves para garantizar la aplicación eficaz de la norma.

El capítulo VIII, que corre a cargo de Ernest Alemany (Universidad de Barcelona y letrado del Servei Català de la Salut de la Generalitat de Catalunya), tiene como objeto “la potestad sancionadora de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. Como el título ya indica, en él se analiza el ejercicio de esa potestad sancionadora en relación con las multas que pueden imponer a las personas interesadas por la interposición temeraria o con mala fe del recurso especial en materia de contratación. Además de la configuración de la temeridad y la mala fe en este contexto, el estudio realizado se extiende al sistema de graduación de las sanciones y de los elementos que deberían tenerse en cuenta para determinar los perjuicios eventualmente irrogados a los poderes adjudicadores por la suspensión de los procedimientos de contratación. Del estudio de campo que realiza el autor se deriva que los TARC no siempre responden del mismo modo, en circunstancias similares, ante la petición de sanción que formulan los órganos de contratación cuando se ha interpuesto un recurso especial con escasa o inexistente viabilidad jurídica, causándose así un perjuicio patente y acreditado al ente contratante. Este perjuicio, en efecto, en la mayoría de los casos, no se ve resarcido en las situaciones en las que se acaba imponiendo una sanción, dado su importe y, en comparación, el coste público de la tramitación del recurso y los perjuicios inherentes a la paralización del procedimiento de contratación. En definitiva, las sanciones impuestas, a veces, como destaca el autor, no cumplen con la finalidad disuasoria de la conducta infractora que debería presidir el ejercicio de la potestad sancionadora.

M. Mercè Darnaculleta (Universidad de Girona) y Sònia Ramos (Universidad Pompeu Fabra), en el capítulo IX, analizan una cuestión concreta, pero de gran interés, a saber, “la revisión de oficio de la formalización del contrato como garantía de la eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. Este estudio tiene como objeto el análisis de la causa de nulidad recogida en el artículo 39.2.e) de la LCSP, incorporada a nuestro ordenamiento, a impulso del derecho de la Unión Europea, con el fin de garantizar la eficacia de las resoluciones de los TARC. El supuesto de nulidad contemplado en este precepto, como ponen de relieve las autoras, pretende evitar que un contrato pueda surtir efectos si se ha formalizado sin respetar la suspensión, automática o acordada por el TARC, derivada de la interposición de un recurso especial en materia de contratación. La concurrencia de esa causa de nulidad puede ser declarada por ese tribunal administrativo o bien por el mismo órgano de contratación, previa tramitación, en este último caso, de un procedimiento de revisión de oficio. Ahora bien, el problema estriba en que la construcción tradicional de la revisión de oficio, como un procedimiento excepcional, previsto para depurar del ordenamiento actos administrativos viciados de nulidad, no encaja adecuadamente con una causa de nulidad que afecta directamente a la formalización del contrato y que se predica de un vicio meramente formal, desvinculado en principio de la eventual invalidez de los actos preparatorios.

Francisco José Cañal (Universidad de Barcelona y letrado del Tribunal Supremo), en el capítulo X, realiza un “estudio comparado de los tribunales económico-administrativos”. Resulta de gran utilidad, en efecto, la comparación entre dos tipos de órganos de naturaleza y función similar. De este modo, los TARC son examinados en paralelo a estos otros órganos específicos para la revisión de los actos administrativos sobre la aplicación de los tributos y la imposición de sanciones tributarias, al margen de algunos otros supuestos de revisión establecidos normativamente. Desde esta perspectiva, el autor nos explica el origen de estos tribunales económico-administrativos, su papel actual en el sistema de justicia tributaria, su naturaleza, prestando particular atención a su función jurisdiccional, las disfunciones por la posible disparidad entre criterios administrativos y judiciales, y la necesidad de agotamiento de la vía administrativa o recurso *per saltum*. Concluye su estudio con propuestas para insertar en el debate acerca de la conveniencia de este tipo de órganos y de su actual configuración.

También desde una perspectiva comparada, pero ahora alargando la mirada a la situación existente en otros ordenamientos jurídicos, el libro incluye varios capítulos en los que se analizan los modelos de control de la

contratación pública. Se han seleccionado dos áreas geográficas por su interés: Europa y América. Dentro de la primera de ellas, el modelo italiano es estudiado por Gianluca Gardini (Universidad de Ferrara) en el capítulo XI dedicado a los “remedios alternativos a la justicia tradicional en la contratación pública: el modelo italiano frente al dogma de la indisponibilidad del poder”. Se suma el trabajo de M. Mercè Darnaculleta (Universidad de Girona), en el capítulo XII, sobre “el control de la contratación pública en Alemania”. Y concluye, en el capítulo XIII, con el estudio de Adolfo Rodríguez (Universidad Autónoma de Madrid y abogado) sobre “el control de la contratación pública en el Reino Unido”. La segunda parte tiene como objeto experiencias de interés en países de América Latina. De entrada, el modelo colombiano es analizado detalladamente por Andrés Fernando Ospina (Universidad Externado de Colombia y magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia), en el capítulo XIV, sobre “un ‘tribunal administrativo’ de recursos contractuales en Colombia; una discusión aplazable, mas no evitable”. Y se completa con un vasto estudio que abarca los modelos de Chile, Panamá, Perú, Argentina y Colombia, contenido en el capítulo XV, y realizado por Germán Lozano (Universidad Externado de Colombia).

En definitiva, estamos ante una obra de indudable perfil académico, por el origen y aproximación al estudio de los investigadores, pero que suma con acierto la preocupación por hacer un correcto diagnóstico de la realidad, con base en la metodología empírica empleada, y, en su caso, de formular propuestas de mejora normativa para solucionar los problemas detectados. En todo caso, tiene el mérito de proporcionar una sólida base para futuros debates en la materia.

La Fundación Democracia y Gobierno Local, con sus más de veinte años de vida, tiene como objeto el impulso y el desarrollo de iniciativas de estudio y divulgación en materias de interés local. No cabe duda de que son de ese interés las cuestiones controvertidas examinadas en este libro en relación con los TARC. De hecho, la contratación pública local constituye el objeto de una línea importante en la actividad fundacional, habiéndole ya dedicado muchas de sus actividades, incluidas contribuciones en sus publicaciones, así como la celebración de numerosas jornadas temáticas.

Es obligado concluir que el resultado, a mi parecer, es una obra rigurosa y de utilidad, seguramente llamada a convertirse en referencia ineludible para los interesados en la materia. Por ello, es de justicia mostrar mi agradecimiento y hacer llegar la enhorabuena al equipo de autores de la obra, coincidente con los componentes del equipo de investigación del proyecto precedente, que, entre otras dificultades, han tenido que supe-

rar los obstáculos generados por la pandemia que hemos vivido recientemente. Llegados a este punto, lo suyo es invitar al lector a que pase la página y se adentre en una aventura que le auguro será tan amena como provechosa.

CAPÍTULO I

Presentación de la metodología de la investigación

Carme Sibina Vidal

*Profesora asociada de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona*

Ricard Gracia Retortillo

*Profesor agregado de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona*

SUMARIO. 1. Los tribunales administrativos de recursos contractuales como objeto de estudio jurídico. 2. Método utilizado en este trabajo. El recurso al estudio empírico. 3. En particular, los cuestionarios realizados a los tribunales administrativos de recursos contractuales: aspectos metodológicos. 3.1. Diseño y contenido de los cuestionarios. 3.2. Universo de estudio. 3.3. Desarrollo del trabajo de campo. 3.4. Análisis de los datos. 4. Cuestionarios. 4.1. Cuestionario institucional. 4.2. Cuestionario miembros. 5. Bibliografía.

1. Los tribunales administrativos de recursos contractuales como objeto de estudio jurídico

Desde la incorporación de los tribunales administrativos de recursos contractuales (en adelante, TARC) a nuestro ordenamiento jurídico, realizada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto¹, los estudios sobre estos órganos han ido incre-

1. Según se profundizará a lo largo de esta obra, como consecuencia de la necesidad de adaptar la legislación española al derecho de la Unión Europea, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, encomendó el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación a órganos especializados e independientes del órgano de contratación de cada Administración: los TARC (que, en nuestro país, están conformados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y los órganos similares creados por las comunidades autónomas, las corporaciones locales, las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas).

mentándose paulatinamente hasta el punto de que, actualmente, son ya numerosos los trabajos que se ocupan de examinar estos mecanismos administrativos de reacción ante posibles vulneraciones de la normativa contractual².

No obstante, han sido pocos los estudios que se ocupan principal o exclusivamente de la vertiente jurídico-organizativa de los TARC. Más aún, en la mayoría de los casos, la doctrina científica ha centrado el estudio en el recurso especial³ y no tanto —o no de forma prioritaria— en el órgano competente para su resolución. Aún menos son los estudios existentes que se centren —o siquiera tengan en cuenta— los TARC de ámbito local⁴.

En concreto, los principales aspectos tratados por la doctrina han versado mayoritariamente sobre el alcance de las directivas europeas de recursos contractuales, la evolución y transposición al derecho español de tales directivas, o en general, los mecanismos de la tutela de los licitadores y el papel de estos órganos como parte de las distintas vías de control de la contratación pública⁵. Desde el punto de vista de su configuración jurídico-institucional, se han analizado cuestiones relevantes relativas especialmente a la naturaleza de los TARC o su independencia⁶, así como, entre otras cuestiones, al concreto diseño de algunos de los órganos⁷, aprovechando la oportunidad de su creación o reforma.

La gran mayoría de todos estos estudios adoptan exclusivamente el método jurídico. Ciertamente, aunque relevantes y ya toda una referencia, son muy escasos los estudios empíricos realizados hasta la fecha en relación con los TARC, su organización, funcionamiento y actividad reales⁸. Además, las pocas experiencias con las que contamos se basan, sobre todo, en fuen-

Sobre el proceso de transposición de las exigencias de la Directiva de Recursos (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), véase Santamaría Pastor (2015a).

2. Evitamos aquí hacer un listado exhaustivo de los estudios publicados hasta el momento. Nos remitimos a las referencias que se incluyen en los distintos capítulos que componen esta obra colectiva, cuya suma puede cumplir más fácilmente dicha función.

3. Entre otros, Santamaría Pastor (2015b) y Razquin Lizarraga (2018).

4. De hecho, como se verá a lo largo de esta obra, la perspectiva local aparece habitualmente, para ser objeto de crítica por la existencia o configuración organizativa de estos órganos (véase el capítulo IV de esta obra). Entre las referencias más completas al ámbito local, Mora Ruiz (2018).

5. Véase Díez Sastre (2012) o Mora Ruiz (2018).

6. Podemos destacar: Hernández González (2016) y Marabel Matos (2017). Como resultados previos del proyecto que da origen a esta misma obra colectiva, véanse Vilalta Reixach (2022) y Toscano Gil (2022).

7. Así, por ejemplo, Pulido Quecedo (2010). O, especialmente, INAP (2010).

8. Por todos, Díez Sastre (2015-2021, 2022).

tes secundarias: memorias de actividad, información institucional, etc., que rara vez incorporan datos sobre los órganos a nivel local, al menos no con el mismo nivel de detalle que los TARC del resto de niveles territoriales. Asimismo, no se conocen cuestionarios directos a los TARC, al menos no con una cierta vocación de exhaustividad.

2. Método utilizado en este trabajo. El recurso al estudio empírico

Una vez situado brevemente el estado de la cuestión sobre el objeto de estudio de nuestra investigación, y antes de pasar a desarrollar propiamente su contenido en los siguientes capítulos de la obra, creemos oportunas algunas referencias sobre la metodología utilizada.

De entrada, destacamos que el método adoptado responde, fundamentalmente, a una doble aproximación, jurídica y empírica, que pretende dotar al estudio de los TARC de un cierto carácter novedoso e interdisciplinar.

Por una parte, en cuanto al método jurídico, se ha realizado un análisis teórico de las fuentes y un análisis comparado de fenómenos similares en el ordenamiento interno y de fenómenos iguales en los ordenamientos comparados de otros Estados. Por otra parte, en la utilización del método empírico, se ha combinado la recogida de información sobre los TARC, a través de las fuentes ofrecidas por las diferentes Administraciones públicas, con el análisis de datos con base en dos cuestionarios elaborados *ad hoc* para ser respondidos por los propios órganos de recursos contractuales.

En este marco, esta investigación utiliza técnicas de recogida de información diversas, que combinan las técnicas de análisis jurídico con las de análisis empírico que se relacionan a continuación.

a) Análisis jurídico-teórico

La investigación se inició con el análisis teórico del objeto de estudio y, más concretamente, de las cinco grandes líneas de trabajo identificadas, para seguir, posteriormente, con el examen de cada uno de los aspectos problemáticos identificados en cada una de ellas, prestando una especial atención a su proyección local:

- La naturaleza jurídica particular de los TARC.
- La planta de los TARC. En particular, la compleja articulación a nivel local.

- La garantía de independencia de los TARC. En particular, los riesgos de su quiebra en los casos de los tribunales a nivel local.
- La ejecución forzosa de las resoluciones de los TARC. En particular, cuando el destinatario que se resiste al cumplimiento es una Administración local.
- La responsabilidad patrimonial de los TARC. En particular, cuando el reclamante de responsabilidad es la Administración contratante.

Para realizar este análisis se han usado las fuentes habituales en la investigación jurídica, es decir, la identificación, la revisión y el estudio de la bibliografía existente sobre los TARC, así como el análisis de su normativa y jurisprudencia, atendiendo, especialmente, a las fuentes procedentes del derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia asentada por el TJUE, por su especial incidencia en esta materia. A las fuentes anteriores se ha sumado el recurso a otras disponibles y de especial interés: en particular, la doctrina de los órganos consultivos y las resoluciones e información institucional (memorias de actividad, información en páginas web, etc.) de los propios TARC.

b) Análisis jurídico-comparado interno

Cada una de las cuestiones problemáticas identificadas han sido estudiadas teniendo presente la regulación y la práctica del conjunto de TARC existentes en nuestro país: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, todos los tribunales contractuales autonómicos y, muy especialmente, los principales de ámbito local (provincial y municipal) cuya existencia ha podido ser contrastada.

c) Análisis jurídico-comparado con los tribunales económico-administrativos

La naturaleza similar de los TARC con los tribunales económico-administrativos nos ha llevado a utilizar estos últimos como referente comparado. Este estudio se justifica, especialmente, debido a la mayor antigüedad de tribunales económicos-administrativos y, en consecuencia, a la existencia de documentación de interés y de debates similares sobre las cuestiones problemáticas que han sido objeto de nuestra investigación.

d) Análisis jurídico-comparado con los órganos de otros Estados de la Unión Europea e internacionales

Dada la relevancia comunitaria de la materia objeto de estudio, en la que, como ya se ha destacado, tiene una gran incidencia la normativa de la UE

sobre contratación pública y la jurisprudencia del TJUE, se ha incorporado el análisis de las cuestiones problemáticas a la luz comparada de algunos ordenamientos de referencia. En particular, los ordenamientos italiano, alemán e inglés.

Asimismo, con la finalidad de favorecer una mayor internacionalización del estudio y, sobre todo, la divulgación de los resultados obtenidos, se ha analizado también el caso colombiano y de buena parte de los Estados de América Latina.

e) Análisis empírico

Como hemos indicado, junto al uso del método jurídico, el presente estudio aporta un valor añadido —poco habitual en las investigaciones en la disciplina del derecho— como es el contraste de las fuentes jurídicas citadas con la realidad de los TARC.

Como ya hemos destacado, con anterioridad a nuestro trabajo, los estudios existentes en esta línea —aunque excelentes y de gran utilidad— se limitan al análisis de las memorias de actividad y alguna información institucional del Tribunal Administrativo Central y de algunos de los órganos autonómicos⁹. Sin embargo, no existen datos empíricos conocidos sobre los órganos a nivel local, ni tampoco sobre algunas de las cuestiones problemáticas que pueden derivarse directamente de su naturaleza peculiar, como la garantía sobre la independencia o las cuestiones más técnicas de la ejecución o la responsabilidad de las resoluciones.

Es por ello que, para un más eficaz contraste empírico de las cuestiones identificadas, se han elaborado dos cuestionarios que se han enviado a los TARC que han podido ser contactados, de los tres niveles territoriales del Estado autonómico (tal y como se detalla en el siguiente apartado).

Las cuestiones sobre las que versan las preguntas se han diseñado específicamente a partir de una serie de indicadores relativos a su ámbito de aplicación, organización, funcionamiento, composición, especialización e independencia y actividad. Adicionalmente, se incluyen algunas preguntas más técnicas y específicas sobre la ejecución y responsabilidad patrimonial (el cuestionario completo se encuentra en el apartado 4 de este capítulo).

9. Véase Díez Sastre (2015-2021, 2022).

3. En particular, los cuestionarios realizados a los tribunales administrativos de recursos contractuales: aspectos metodológicos¹⁰

3.1. Diseño y contenido de los cuestionarios

El diseño de la metodología del análisis empírico de los TARC se ha realizado a partir de los principales objetos de estudio y las hipótesis planteadas en la investigación, y con el fin de recoger información de forma directa tanto de su funcionamiento como de la naturaleza de su relación con los miembros que los componen.

En este sentido, cabe destacar que, en principio, se disponía de alguna información de tipo parcial sobre la posible existencia o constitución y del marco jurídico previsto, pero no existía información precisa sobre su funcionamiento efectivo ni de las características de sus miembros.

Así, se consideró adecuado confeccionar dos cuestionarios con objeto de recoger dos tipologías de información de características diferentes.

El primero, de tipo institucional, centrado en los aspectos siguientes:

- La organización: creación, regulación, personalidad jurídica, adscripción, composición, número de vacantes, forma de selección, mandato de sus miembros, existencia de destituciones, extinciones y recusaciones, retribución económica y, en su caso, motivos de la extinción.
- El funcionamiento: reparto de tareas y asuntos, forma de adopción de las resoluciones, adopción de votos particulares, personal de apoyo, suscripción de convenios para la asistencia en sus funciones y participación en la elaboración de su presupuesto.
- La actividad: número de resoluciones, Administraciones responsables de los actos impugnados, sentido de las resoluciones, duración media del procedimiento y publicidad de las resoluciones.

10. Los cuestionarios han sido realizados conjuntamente con el equipo de la *Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals*, que ha llevado a cabo el trabajo de campo, así como la explotación y el asesoramiento en el análisis sistemático de los datos. Agradecemos al equipo de la *Fundació*, coordinado por la Dra. Esther Pano Puey, y a su director, el Dr. Jaume Magre Ferran, su inestimable colaboración y el alto valor aportado al estudio empírico del presente trabajo. Las consideraciones de este apartado incorporan también las reflexiones realizadas por dicho equipo.

- La ejecutoriedad de las resoluciones: planteamiento de incidentes de ejecución, consecuencias de la inejecución de las resoluciones e impugnación de actos dictados en ejecución.
- La responsabilidad patrimonial: presentación de reclamaciones y fundamento jurídico de las mismas.
- La eficacia de las resoluciones: recordatorio de la suspensión automática por la presentación de recurso contra la adjudicación, existencia de impugnaciones basadas en la causa de nulidad del artículo 39.2 e) de la LCSP y seguimiento sobre la obligación de suspensión automática.
- El planteamiento de cuestiones prejudiciales al TJUE.

El segundo, dirigido a los miembros de los TARC, con el objeto de identificar su perfil, naturaleza del vínculo y dedicación, entre otros. A estos efectos se formularon, entre otras, preguntas sobre: el sexo, la edad, la antigüedad en el cargo, la condición de funcionario público, la ocupación inmediatamente anterior, la titulación académica, la formación en contratación pública, la experiencia previa, la retribución anterior y el ejercicio de otra actividad profesional.

3.2. Universo de estudio

El universo de estudio incluye todos los TARC constituidos que han podido ser identificados, con especial atención a los de ámbito local.

En primer lugar, para poder realizar el estudio empírico mediante el envío de los cuestionarios era necesario disponer de un registro de los TARC existentes en España. A estos efectos, es importante destacar que, antes de nuestra investigación, no existía ningún listado completo y actualizado que comprendiera la totalidad de TARC de los distintos niveles territoriales.

Así, para confeccionar el universo de estudio, se partió de un listado de TARC que se habían detectado mediante fuentes secundarias; en concreto, mediante el vaciado de boletines y diarios oficiales y la recogida de información a través del acceso a páginas web institucionales y perfiles del contratante¹¹. Este primer listado se validó y complementó mediante llamadas telefónicas y contacto directo con responsables institucionales.

11. Hay que destacar las dificultades de obtener información sobre los TARC a través de estas fuentes. Especialmente, en el caso de los de ámbito local.

El censo final incluye 57 TARC potencialmente existentes (sin discriminar aún los activos de los ya disueltos o inactivos), englobando tribunales de todos los niveles territoriales de gobierno a fecha de diciembre de 2022.

3.3. Desarrollo del trabajo de campo

a) Distribución de los cuestionarios

Una vez identificado el primer censo de entidades, el trabajo de campo se inició con la distribución de los cuestionarios entre los TARC. A estos efectos, fue necesario obtener una dirección electrónica de contacto de cada uno de los tribunales.

El proceso de obtención de esta dirección (que se confirmaba por vía telefónica) supuso cierta dificultad, dado que no siempre resultó simple contactar directamente con el tribunal o con alguna unidad que mantuviese una relación directa. En este sentido, de acuerdo con el proceso de trabajo de campo desarrollado, podemos afirmar que los TARC —especialmente los locales— son órganos poco conocidos y cuyos mecanismos de contacto no están sistematizados¹².

Este hecho dificultó en gran medida el desarrollo tanto del censo inicial como del posterior trabajo de campo. No obstante, finalmente, se pudo efectuar el envío de 36 cuestionarios.

En cuanto al cuestionario dirigido a los miembros individuales del tribunal, se ofreció la posibilidad de hacerlo llegar directamente o de que fuese el propio órgano quien lo distribuyese.

b) Apoyo a las respuestas

Para apoyar el proceso de respuesta, la distribución de los cuestionarios no se limitó al envío de estos mediante correo electrónico, sino que se hicieron hasta diez contactos posteriores. En algunos casos no fue necesario llegar a este número de contactos, ya que la entidad completó el cuestionario, en otros se constató la negativa a la respuesta, y en algunos no hubo una negativa explícita, pero no se respondió.

12. En algunos casos resultó complejo contactar con los responsables o con personas vinculadas a los TARC. En el proceso de contacto, primero se solicitaba el contacto directo con el TARC y, en caso de que la persona que atendía la solicitud no supiese ubicarlo organizativamente, se intentaba contactar con los servicios de secretaría, los servicios jurídicos o las áreas de contratación. Incluso estas áreas que podrían tener un vínculo material con los asuntos propios del TARC no siempre tenían información del órgano.

Finalmente, se inició formalmente un procedimiento de derecho de acceso a la información pública, más con el objeto de disponer de una solicitud registrada que de incorporar la información, dadas las restricciones de tiempo de un proceso de trabajo de campo.

3.4. Análisis de los datos

Finalmente, se obtuvo respuesta de un total de 27 del total de TARC contactados (75 %). De ellos, 18 (50 %) contestaron a los dos cuestionarios enviados; otros 5 (+14 %), solo al cuestionario institucional, y otros 4 (+11 %), solo al cuestionario sobre los miembros. Debido a la insuficiencia o la limitación de las fuentes bibliográficas y documentales sobre los TARC y la práctica inexistencia de datos sobre los TARC locales, a pesar de haber recibido un nivel de respuesta modesto, y claramente más bajo de la expectativa inicial —dado el pequeño tamaño del universo de estudio—, podemos afirmar que las respuestas a los cuestionarios nos ofrecen datos valiosos que no podríamos obtener por otras vías.

Estos datos nos ayudan, por un lado, a entender mejor las características y peculiaridades de los TARC en su conjunto, y muy especialmente los de nivel local. Los resultados no se presentan aquí de forma conjunta, sino que la explotación de los datos se incorpora a lo largo del presente trabajo permitiendo contextualizar y analizar con mayor precisión cada uno de los aspectos problemáticos identificados, allí donde se ha considerado de utilidad. A su vez, los datos obtenidos suministran una gran cantidad de información inédita y de interés, cuya próxima explotación y sistematización nos permite proyectar futuras publicaciones que sigan a la que se inicia ya en las siguientes páginas.

4. Cuestionarios

4.1. Cuestionario institucional

DATOS IDENTIFICATIVOS DEL ÓRGANO:

La información de identificación personal que se solicita solo tiene efectos de validación y no será utilizada en el estudio. Los datos se facilitarán de forma agregada sin identificación concreta que permita la identificación directa del órgano.

Denominación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales:

Sede (municipio)

Dirección postal:

Correo electrónico (institucional):

Teléfono:

Persona de contacto (nombre y apellidos):

Cargo de la persona de contacto:

Fecha de respuesta del cuestionario: (dd/mm/aaaa)

Persona que responde el cuestionario:

Otras observaciones:

A. ÁMBITO DE ACTUACIÓN

A.1 ¿Cuál es el ámbito territorial de actuación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante TARC)?

- Estatal
- Autonómico (CA)
- Local
- Otros

Especificar otros

A1.1 En caso de ámbito territorial Local:

Supramunicipal

- Foral
- Provincial
- Insular
- Otros

Especificar otros

Municipal

- Municipio de gran población
- Municipio de régimen común
- Otros (municipios de régimen especial distinto al de gran población)

A.2 En relación con el ámbito subjetivo de actuación, indicar también si ejercen su competencia de resolución de recursos en relación con la actividad contractual de:

- Administraciones públicas (y sector público)
- Parlamentos/órganos constitucionales/estatutarios y/o entidades que no se integran en el Poder Ejecutivo

B. CREACIÓN Y EXISTENCIA ACTUAL

B.1 ¿En qué fecha se creó el TARC? (dd/mm/aaaa):

Indicar la disposición o norma de creación (título y referencia de publicación):

B.2 ¿En qué fecha se celebró la sesión constitutiva del TARC? (dd/mm/aaaa):

B.3 ¿El TARC está en activo?

- Sí
 No, está inactivo
 No, ha sido extinguido formalmente

B.3.1 En caso de respuesta negativa (TARC extinguido o sin actividad), indicar:

Fecha de disolución/extinción (dd/mm/aaaa):

Disposición de extinción (título y referencia de publicación):

¿Cuál cree que puede/n haber sido la/s causa/s de la extinción?

- Falta de actividad
 Falta de recursos humanos
 Falta de recursos económicos
 Dificultades para proveer vacantes
 Otras

Especificar otras:

Observaciones:

C. ORGANIZACIÓN (I): ASPECTOS GENERALES

C.1 ¿El TARC ha aprobado alguna disposición normativa (reglamento o similar) que regule su organización y funcionamiento internos (distribución y adopción de acuerdos, etc.)?

- Sí
 No

En caso afirmativo, adjuntar referencia (fecha y, en su caso, boletín oficial de publicación o enviar el texto en caso de no haber sido publicado):

C.2 ¿El TARC tiene personalidad jurídica propia?

- Sí
 No

C.3 ¿Cuál es la forma de adscripción orgánica del TARC? (Indicar la denominación concreta del órgano al que se adscribe y, en su caso, adjuntar organigrama):

Administración/ente:

Área/departamento (en su caso):

Órgano:

¿El órgano al que se adscribe es un órgano con competencias en materia de contratación pública?

- Sí
 No

D. ORGANIZACIÓN (II): COMPOSICIÓN Y MANDATO DE LOS MIEMBROS

D.1 ¿Cuántos miembros componen el TARC en total?

- 1
 2
 más de 2

Indicar el número total:

D.2 ¿Ha variado el número de miembros desde su creación inicial?

- Sí
 No

En caso afirmativo, responder:

D.2.1 ¿Cuál era el número de miembros anterior? (indicar número):

- ha aumentado
 ha disminuido

D.2.2 ¿Qué ha motivado dicha modificación?

- Incremento de la actividad
 Otras causas

Explicar

D.3 ¿Se ha dado alguna situación de vacante desde su constitución?

- Sí, de un órgano unipersonal
 Sí, de la presidencia
 Sí, de alguna vocalía
 No

D.3.1 En caso de un órgano unipersonal, ¿cómo se ha resuelto la vacante?

D.3.2 En caso de la presidencia. ¿está vacante a día de hoy?

- Sí
 No

D.3.3 ¿Cómo se resuelven las vacantes a la presidencia?

- Miembro de más edad
 Otros

Especificar otros

Indicar número de ocasiones que se ha usado miembro de más edad

Indicar número de ocasiones que se ha usado otros.

D.3.4 En caso de alguna vocalía, ¿cuántas plazas vacantes hay a día de hoy?

- Ninguna
 1
 más de 1

Indicar número exacto

D.3.5 ¿Cómo se resuelven las vacantes de vocalías?

- Asignación por la presidencia a otro miembro
 Otros

Especificar otros

Indicar número de ocasiones que se ha usado asignación por la presidencia a otro miembro

Indicar número de ocasiones que se ha usado otros

D.4 ¿En qué órganos se organiza funcionalmente hoy el TARC? (señalar los existentes)

- Presidencia
 Vocalías
 Secretaria
 Otros

Indicar número total de vocalías:

Indicar denominación otros

Indicar número total de otros

D.5 ¿Cómo han sido seleccionados los miembros actuales del TARC?

- A través de un sistema de concurso público
 A través de un sistema de libre designación con publicidad
 A través de un sistema sin publicidad
 Otro

Indicar otro

En su caso, indicar cuál es el medio de publicidad habitual de las convocatorias (y aportar alguna referencia como ejemplo)

D.6 ¿Cuál es la duración del mandato de los miembros del TARC prevista?

Indicar la referencia de la previsión normativa

D.7 ¿Se permite la renovación del mandato una vez finalizado?

- Sí
 No

D.7.1 En caso de respuesta afirmativa, desde su creación, ¿cuántos miembros del TARC han renovado su mandato una vez finalizado?

- Ninguno
 1
 Más de 1

Indicar cuántos

D.8 En algún caso, ¿alguno de los miembros del TARC ha sido destituido/cesado (o ha abandonado el cargo) antes de la finalización de su mandato?

- Ninguno
 1
 Más de 1

Indicar cuántos

D.8.1 En caso de respuesta afirmativa, ¿cuál es la causa que ha justificado el cese/destitución (o abandono)? (Explicar)

D.9 ¿En alguna ocasión, los miembros del TARC han sido recusados por cualquiera de las partes?

- Sí
 No

Indicar, si consta, el número de veces:

En caso afirmativo, ¿cuál ha sido la causa de la recusación?

D.10 ¿En alguna ocasión, algún miembro del TARC ha tenido que abstenerse en la adopción de una resolución?

- Sí
 No

Indicar, si consta, el número de veces

En caso afirmativo, ¿cuál ha sido la causa de la abstención?

D.11 ¿El ejercicio del cargo como miembro del TARC está retribuido económicamente?

- Sí
 No, aunque sí se perciben dietas e indemnizaciones por asistencia a las reuniones
 No

D.11.1 En caso afirmativo, indicar la cuantía presupuestada, distinguiendo, en su caso, para cada tipo de órgano/cargo del TARC

F. FUNCIONAMIENTO

F.1 ¿El TARC se organiza en secciones (u otras divisiones internas) para el reparto o distribución de las tareas/asuntos?

- Sí
 No

Indicar denominación

Indicar número

F.2 ¿Cómo se adoptan las resoluciones del TARC, como regla general?

- por unanimidad
 por votación (indicar regla general de mayoría: absoluta/simple)
 otros:

Indicar regla general de mayoría absoluta o simple

Especificar otros

Observaciones

F.2.1 ¿Se han adoptado votos particulares en las resoluciones?

- Sí
 No

F.3 Indicar el personal de apoyo de que dispone el TARC (personal administrativo, letrados, documentalistas...)

Total de personal con dedicación exclusiva al TARC

Total de personal con dedicación compartida

Indicar para el personal con dedicación exclusiva el número, escala, titulación y funciones según la siguiente estructura: 2 A1, Graduado en derecho, resolución de recursos

Indicar para el personal con dedicación compartida el número, escala, titulación y funciones según la siguiente estructura: 1 C1, Bachiller, apoyo administrativo, dedicación compartida con secretaría.

F.4 ¿Los TARC tienen suscrito algún convenio/acuerdo con alguna otra entidad por el que reciben asistencia en el ejercicio de sus funciones?

- Sí, con el servicio jurídico de la Comunidad Autónoma
- Sí, con el servicio jurídico de la AGE
- Sí, con alguna empresa privada
- Sí, con otra entidad
- No

Indicar otra entidad

F.5 ¿El TARC participa en la elaboración de su presupuesto?

- Sí
- No

F.5.1 En caso afirmativo, ¿cuál es la participación del TARC en la elaboración de su presupuesto? (Explicar cuál es esta participación)

G. ACTIVIDAD

G.1 Indicar el número de resoluciones adoptadas en el último año (2021 o del último ejercicio del que se dispongan datos completos)

Número de resoluciones en el año:

G.2 Indicar cuál era la Administración responsable de los actos impugnados en los procedimientos resueltos (número de asuntos)

- Administración/Sector público estatal
- Administración/Sector público autonómico
- Administración/Sector público local: Municipal
- Administración/Sector público local: Supramunicipal
- Otros

Indicar otros

Número asuntos Administración/Sector público estatal

Número asuntos Administración/Sector público autonómico

Número asuntos Administración/Sector público local: Municipal

Número asuntos Administración/Sector público local: Supramunicipal

Número asuntos otros

G.3 Indicar cuál ha sido el sentido de la resolución (número total en cada caso)

- Inadmisión
- Estimación (total y parcial)
- Desestimación
- Desistimiento (y otros)

Número total Inadmisión

Número total Estimación (total y parcial)

Número total Desestimación

Número total Desistimiento (y otros)

G.4 Indicar la duración media del procedimiento

- menos de 1 mes
- entre 1 mes y 2 meses
- entre 2 y 3 meses
- más de 3 meses

Indicar cuál es la fuente y el criterio de cómputo del plazo

G.5 ¿Se han publicado las resoluciones?

- Sí
- No

¿Por qué medio?

H. EJECUTORIEDAD DE LAS RESOLUCIONES

H.1 ¿Se han planteado incidentes de ejecución respecto de las resoluciones del TARC?

- Sí
 No

Indicar cuántos

H.1.1 En caso afirmativo, ¿cómo se han resuelto los incidentes? (aportar la referencia del caso)

H.2 ¿Qué ocurre si la administración contratante no ejecuta la resolución del TARC?

H.3 ¿Se han impugnado actos administrativos dictados en ejecución de una previa resolución del Tribunal?

- Sí
 No
 No consta

Indicar cuántos

H.3.1 En caso afirmativo, ¿se admiten estas impugnaciones?

- Sí
 No

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

I.1 ¿Se han presentado reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños causados como consecuencia de las resoluciones del TARC desde su creación?

- Sí
 No

I.2 En caso de respuesta afirmativa, ¿cuál es el fundamento alegado para sostener la reclamación de responsabilidad patrimonial?

- Dilaciones indebidas en la adopción de la resolución del TARC
 Anulación judicial de la resolución del TARC
 Otro(s)

Especificar cuáles

J. EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES DE LOS TARC (POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN)

J.1 Cuando el TARC traslada a las partes que se ha presentado un recurso especial contra la adjudicación, ¿les recuerda que opera de forma automática la suspensión prevista en el artículo 53 de la LCSP?

- Sí
 No

J.2 ¿Se han recibido impugnaciones basadas en la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP?

- Sí
 No

Indicar cuántas

J.3 ¿Realiza el TARC algún tipo de seguimiento sobre el cumplimiento de la obligación de suspensión, automática o acordada por un TARC, derivada de la interposición de un recurso especial?

- Sí
 No

Indicar cuál/es son la/s medida/s de seguimiento que se realiza/n

K. CUESTIÓN PREJUDICIAL

K.1 ¿Ha planteado el TARC alguna cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea?

- Sí
- No, pero sí se lo ha propuesto en algun ocasión (aunque no ha llegado a formalizarse)
- No

Indicar fecha (dd/mm/aaaa)

Indicar caso/litigio de que se trata/referencia

4.2. Cuestionario miembros

E. ORGANIZACIÓN (III): LOS MIEMBROS TITULARES DEL TARC

Debe completarse un cuestionario por cada miembro del TARC. La información de identificación personal que se solicita solo tiene efectos de validación y no será utilizada en el estudio. Los datos se facilitarán de forma agregada sin identificación concreta que permita la identificación directa de los miembros.

1. Nombre o iniciales del miembro del TARC (esta información se utilizará solo a efectos de validación)

2. Correo electrónico

3. Denominación del Tribunal

4. Cargo que ocupa en el TARC

- Presidente/a
 Vocal
 Secretario/a
 Otro

Especificar otro

5. Sexo

- Hombre
 Mujer

6. Edad

7. Fecha de nombramiento (dd/mm/aaaa)

8. Total de meses de antigüedad en el cargo (hasta la fecha)

9. En el caso de la presidencia ¿era ya miembro del TARC antes de ser elegido/a presidente/a?

- Sí
 No

10. ¿Tiene la condición de funcionario público?

- Sí
 No

10.1. En caso afirmativo indicar

Administración de procedencia

Grupo / categoría / escala:

11. ¿Cuál era la ocupación inmediatamente anterior a su nombramiento como miembro del TARC?

- Empleado público
 Empleado en el sector privado

Indicar destino

Indicar puesto de trabajo

11.1. Respecto a los miembros de TARC que sean empleados públicos, ¿cuál es la situación administrativa actual respecto de su administración de origen?

- Comisión de servicios
- Servicio activo
- Otra

Indicar otra

12. ¿Cuál es su titulación académica? (marcar todas las que procedan)

- Licenciado/a/Graduado/a en Derecho
- Otra licenciatura/Grado
- Otra titulación distinta a la de Licenciatura/Grado

Especificar que licenciatura/Grado

Especificar que titulación distinta a la Licenciatura/Grado

13. ¿Tiene formación específica en materia de contratación pública?

- Sí
- No

Indicar cuál

14. ¿Qué experiencia previa a su nombramiento tenía en materia de contratación pública?

- Cargo: en el sector público
- Cargo: en el sector privado

Indicar el puesto de trabajo anterior

Tiempo (número de años/meses)

15. ¿Cuál era la retribución inmediatamente anterior a su nombramiento como miembro del TARC?

- Era inferior a la actual
- Era igual o muy similar a la actual
- Era superior a la actual

16. ¿Ejerce alguna otra actividad profesional al margen de su dedicación al TARC?

- Sí
- No

Indicar cuál

5. Bibliografía

- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- (dir.). (2015-2021). *Informe sobre la Justicia Administrativa*. Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM.
 - (2022). IV. Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública. En A. Egea de Haro (dir.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022*. Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM.
- Hernández González, F. L. (2016). Sobre la controvertida naturaleza “jurisdiccional” de los tribunales administrativos de recursos contractuales. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016* (pp. 374-384). Madrid: INAP.
- INAP. (2010). *Documentación Administrativa*, 288 (número de la revista dedicado monográficamente a los “Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos”).
- Marabel Matos, J. J. (2017). El carácter cuasijurisdiccional del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura. Una aproximación desde la jurisprudencia comunitaria. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 33.
- Mora Ruiz, M. (2018). *El control de la contratación pública local: construcción sistemática. Análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pulido Quecedo, M. (2010). *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*. Navarra: Aranzadi.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2018). El recurso especial en materia de contratación en la nueva ley de contratos del sector público. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 191, 149-190.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015a). El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 41-78.
- (2015b). *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Toscano Gil, F. (2022). La naturaleza jurídica particular de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales: ¿administrativa, judicial o cuasijurisdiccional? *Revista General de Derecho Administrativo*, 61.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 18, 119-136.

CAPÍTULO II

La naturaleza jurídica particular de los tribunales administrativos de recursos contractuales¹

Francisco Toscano Gil

*Profesor titular de Derecho Administrativo.
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. Caracterización de los tribunales administrativos de recursos contractuales. 3. Caracteres diferenciadores de los órganos administrativos y judiciales. 3.1. El concepto de órgano administrativo y sus caracteres. 3.2. El concepto de órgano judicial y sus caracteres. 3.3. El concepto de órgano judicial y sus caracteres según el TJUE. 4. Identificación de estos caracteres en los tribunales administrativos de recursos contractuales. 4.1. Caracteres de los órganos administrativos en los tribunales administrativos de recursos contractuales. 4.2. Caracteres de los órganos judiciales en los tribunales administrativos de recursos contractuales. 4.3. Caracteres de los órganos judiciales según el TJUE en los tribunales administrativos de recursos contractuales. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Planteamiento

Como es sabido, entre las muchas novedades que trajo en su momento la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, resultó especialmente significativa la introducción en el ordenamiento jurídico español de un recurso especial en materia de contratación pública, con el objeto de reforzar el control de las fases de preparación y adjudica-

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: "Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales" (PID2019-106255GB-I00), cuyo investigador principal es el Dr. Alfredo Galán Galán.

ción de los contratos públicos. Se trata de un recurso administrativo especial que sustituye a los recursos administrativos ordinarios, con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional correspondiente. La regulación de este recurso en nuestro derecho obedece a la transposición 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 obras².

No obstante, es con la reforma efectuada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, cuando este recurso adquiere su verdadero carácter, no solo por lo que hace a la nueva regulación de su procedimiento y sus efectos, sino por la atribución de la competencia para conocer del mismo a un órgano especializado, que recibe la denominación de tribunal administrativo de recursos contractuales³. Esta reforma atiende a la modificación de la Directiva 89/665/CEE por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, que busca mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. La atribución de la competencia para conocer del recurso especial a este órgano se mantiene en la Ley actualmente vigente, que es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Aunque la Directiva 89/665/CEE establece ciertas exigencias de tipo organizativo o procedimental aplicables a los órganos responsables de resolver estos recursos, no llega hasta el punto de determinar el órgano responsable, pues tiene que respetar la organización interna de cada Estado. Es más, la Directiva admite que este órgano no tenga carácter jurisdiccional, pudiendo ser, por tanto, un órgano administrativo (art. 2.9). De hecho, este es el modelo adoptado en España, en el que los tribunales administrativos de recursos contractuales no son órganos judiciales, pese a su denominación,

2. Acerca de la Directiva, las vicisitudes para su transposición, y los antecedentes de la regulación actual, pueden verse, entre otros, Mora Ruiz (2018: 29-70) y Santamaría Pastor (2015: 33-40). En particular, sobre el sentido y la justificación del recurso especial desde la perspectiva europea, cabe ver Gimeno Feliu (2016: 23-30).

3. Utilizamos la expresión "tribunal administrativo de recursos contractuales" para referirnos a estos órganos de manera genérica, si bien, partiendo de una caracterización común establecida en la Ley, lo cierto es que esta permite la creación de estos órganos en los tres niveles de organización territorial (estatal, autonómico y local). De este modo, no hay un único tribunal administrativo de recursos contractuales, sino aquellos que se haya decidido en el ejercicio de la potestad de autoorganización de la entidad territorial de que se trate en cada caso.

sino órganos administrativos, incardinados en la estructura de la Administración pública correspondiente, formando parte, pues, del poder ejecutivo, no del poder judicial.

Pese a que, como se ha expuesto, el modelo adoptado por el Estado parece estar claro, en los últimos años se ha planteado un cierto cuestionamiento de la naturaleza jurídico-administrativa de los tribunales administrativos de recursos contractuales españoles. La pregunta que se formula es si estamos realmente ante órganos administrativos, o, por el contrario, su naturaleza jurídica es la de un órgano judicial, llegándose incluso a plantear una tercera posición, la de que estos órganos tendrían una naturaleza cuasijurisdiccional.

En nuestra opinión, este cuestionamiento tiene su causa más directa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, que ha considerado órgano jurisdiccional al tribunal administrativo de recursos contractuales catalán, si bien a los solos efectos de entenderlo legitimado para plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, conforme a lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴. Pero la verdad es que, más allá de la novedad que suponía el que en esta ocasión el TJUE se pronunciara sobre un órgano español, esta jurisprudencia no era nueva, habiéndose pronunciado ya en igual sentido con relación a órganos de resolución de recursos contractuales de otros Estados miembros.

Otra posible explicación de que se cuestione ahora la naturaleza jurídica de los tribunales administrativos de recursos contractuales puede estar en la excepcionalidad en nuestro sistema administrativo de los órganos de control. Concebimos la Administración pública en su día a día como una Administración principalmente activa o de gestión. La actuación de otro tipo de órganos en el devenir de los procedimientos administrativos, como los consultivos o los de control, se contempla como excepcional o residual. El concepto de órgano administrativo, como se verá, se erige en torno al órgano activo o de gestión, que es lo ordinario, pero que no casa bien con otro tipo de órganos, como los de control, lo que puede plantear preguntas, como las que ahora nos hacemos. Además, aun siendo conscientes de su papel, y pese a haber sido estudiados por nuestra doctrina⁵, entendemos

4. A esta le ha seguido, más recientemente, la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, *Montte, S.L. / Musikene*, que ha calificado de órgano jurisdiccional al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

5. El concepto de órgano administrativo de control, así como la diversidad de tipos de control a que se somete la Administración, internos y externos, aparecen reflejados en la mayoría de los manuales de la disciplina. En lo que hace a la actividad de control propiamente

que la experiencia pasada es menos rica, y los problemas de su aplicación práctica no están tan depurados, máxime tratándose de órganos nuevos como los tribunales administrativos de recursos contractuales.

Hasta ahora, a la cuestión planteada, se ha respondido, principalmente, de la siguiente manera: estamos ante un tribunal administrativo, luego es órgano administrativo, al que el TJUE ha calificado de órgano jurisdiccional, luego, a estos efectos, es órgano jurisdiccional, o al menos cuasijurisdiccional⁶. Pese a todo, el tema aún es objeto de debate, por razón de su complejidad, y sigue considerándose de actualidad, lo que justifica su estudio, especialmente si se hace desde otra óptica.

Teniendo en cuenta este contexto, el objeto de este trabajo es dilucidar la naturaleza jurídica de los tribunales administrativos de recursos contractuales españoles, respondiendo así a la cuestión planteada: ¿tienen naturaleza administrativa, judicial o cuasijurisdiccional? El interés en responder a esta pregunta, concretando la naturaleza jurídica de los tribunales de recursos contractuales, no es la mera resolución de un debate doctrinal, sino la posibilidad de determinar con toda claridad el régimen jurídico aplicable a estos órganos, en su organización y funcionamiento. Y cuando decimos régimen jurídico no nos referimos solo a la aplicación de leyes concretas, de derecho administrativo o procesal, sino a la integración del mismo mediante los principios generales del derecho que conforman el sector del ordenamiento jurídico de que se trate. Ello permitirá resolver los distintos problemas que se planteen en el día a día de estos órganos, en los casos en que su regulación específica no haya establecido la solución.

No siendo una pregunta nueva, nuestro propósito es innovar empleando una metodología distinta para dar respuesta a la misma. Proponemos un estudio eminentemente teórico, como lo es todo lo que afecta a la naturaleza jurídica de las instituciones, y de comparación, en cuanto se trata de determinar a qué tipo de órganos se parecen los tribunales administrativos, a los órganos administrativos o a los judiciales. Para ello, como punto de partida, y con el fin de tener definido el elemento de contraste, comenzaremos caracte-

dicha, incluyendo su tipología, nos parece de especial interés el estudio preliminar que se hace en Lazo Vitoria (2008: 23-84), si bien es cierto que no se centra en la perspectiva organizativa, aunque también está presente. También al respecto, puede citarse el trabajo más reciente de Agudo González (2018: 23 y ss.).

6. Entre los trabajos que han abordado la cuestión de la naturaleza jurídica de estos órganos, con diferentes matices y posiciones, pueden citarse los de Hernández Salguero (2013: 88-89), Hernández González (2016: 499-510), Marabel Matos (2017: 12-14), Razquin Lizarraga (2018: 210 y ss.), Santamaría Pastor (2015: 46), Santiago Fernández (2018: 857-863), Valcárcel Fernández (2016: 326-332) y Villanueva Turnes (2020: 424-427).

rizando a los tribunales administrativos de recursos contractuales, conforme a la regulación establecida en el derecho europeo y en la legislación de contratos del sector público española⁷. El siguiente paso es establecer cuáles son los rasgos definitorios de órganos administrativos y órganos judiciales en el derecho español, incluyendo el concepto de órgano jurisdiccional acuñado por el TJUE. Una vez definidos estos, lo que procede es contrastar si los caracteres de los tribunales administrativos de recursos contractuales se ajustan a los rasgos de los órganos administrativos o a los de los judiciales, o, incluso, lo que hay es una mezcla de ambos, en mayor o menor grado. Tras el análisis, emitiremos nuestras conclusiones, respondiendo a la pregunta planteada.

2. Caracterización de los tribunales administrativos de recursos contractuales

La caracterización de los tribunales administrativos de recursos contractuales españoles debe hacerse necesariamente comenzando por lo establecido en la Directiva 89/665/CEE, cuyo artículo 2.9 establece ciertas exigencias de tipo organizativo y procedimental. Estas exigencias, como se verá a continuación, apuntan en realidad hacia los rasgos propios de los órganos judiciales, al menos bajo una perspectiva material o funcional. Y ello pese a que, como se ha dicho, la Directiva permite un modelo en el que el órgano responsable de resolver el recurso sea un órgano administrativo⁸. Eso sí, un órgano administrativo que debe reunir ciertos caracteres que lo asemejen a los órganos judiciales, aspecto este que explica las disquisiciones acerca de la naturaleza jurídica de los mismos que constituyen el objeto de este trabajo.

7. Quedan fuera de nuestro estudio los tribunales de recursos contractuales que se creen, en el ejercicio de su autonomía, por los órganos constitucionales del Estado o estatutarios de las comunidades autónomas (Congreso de los Diputados, Senado, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, asambleas legislativas de las comunidades autónomas, e instituciones análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo), por razón de la aplicación a los mismos de la LCSP (disposición adicional cuarenta y séptima). Estos órganos no se incardinan en la Administración pública ni forman parte del poder ejecutivo, por lo que no pueden considerarse órganos administrativos, al menos desde un punto de vista formal. Por ello, por una razón puramente metodológica, no los incluimos en nuestro análisis, que requiere de una cierta uniformidad entre los elementos a comparar. Pueden citarse como ejemplos de estos órganos el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, creado por Resolución de 21 de diciembre de 2010, adoptada por las mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de enero de 2011, núm. 385), o el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, creado mediante la disposición decimotercera de las Normas de Contratación del Parlamento de Andalucía, aprobadas por acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía de fecha 20 de marzo de 2013 (Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía de 22 de marzo de 2013, núm. 188).

8. Véase, en tal sentido, Santamaría Pastor (2015: 42-43), especialmente crítico, no sin razón, con la alambicada redacción del artículo 2.9 de la Directiva.

Comenzando por las exigencias de tipo organizativo, los dos rasgos principales que definen a estos órganos son su especialización e independencia. Ambos caracteres vienen determinados por el artículo 2.9 de la Directiva. En lo que hace a la especialización, el precepto dispone que, “como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez”. A la independencia se alude reiteradamente, como cuando se dice que el órgano responsable del procedimiento de recurso debe ser “independiente en relación con el poder adjudicador”, así como en la calificación de “instancia independiente” que recibe este hasta en dos ocasiones. No obstante, lo relevante es el establecimiento de garantías de esta independencia, como las relativas al nombramiento de los miembros del órgano, la duración del mandato de estos, su terminación, y su revocabilidad, respecto de los cuales la Directiva dice que “estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces”.

En la transposición de la Directiva 89/665/CEE que se hace en el ordenamiento español en la actualmente vigente LCSP, la especialización se manifiesta tanto en la reserva de la competencia para conocer de determinados recursos en materia de contratación pública a estos órganos (en atención al contrato de que se trate y para ciertas actuaciones, ex artículos 44.1 y 2 LCSP) como en la cualificación que se exige a sus miembros.

Así, respecto de esto último, en el caso del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se dice que deberán ser “funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública” (art. 45.2 LCSP), quince años si se trata del presidente del Tribunal, que deberá ser además licenciado o graduado en Derecho (art. 45.3 LCSP). En el caso de los tribunales autonómicos la Ley exige que su “titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia” (art. 46.1 LCSP). Este último requisito resulta de aplicación a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, para el caso de que decidan crear sus propios órganos (art. 46.3 LCSP). Tratándose de tribunales administrativos de recursos contractuales creados en el seno de las entidades locales, en los supuestos en que así lo permite el legislador, también se exige su especialización, aunque en lo que hace a sus miembros su cualificación se remite a lo dispuesto por la legislación autonómica,

o, en su defecto, a lo establecido para los miembros del Tribunal Central (art. 46.4 LCSP)⁹.

La independencia se garantiza no solo declarándola por ley (arts. 45.1 LCSP para el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 46.1 LCSP para los respectivos órganos autonómicos, 46.3 LCSP para los de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y 46.4 LCSP para los de las entidades locales), sino también estableciendo garantías específicas de la misma¹⁰.

Así, en el caso del órgano estatal, puede considerarse una garantía de independencia el que los miembros de este tengan que ser funcionarios de carrera, habida cuenta de “la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones” que la Constitución (art. 103.3) prescribe. También lo es su inamovilidad, no pudiendo ser removidos de sus puestos sino por una serie de causas tasadas previstas en el artículo 45.4 LCSP, la mayoría de las cuales exige la tramitación de un expediente administrativo. Igualmente lo es la estabilidad que proporciona la duración de su mandato, de seis años, no estando sujeta a prórrogas (art. 45.5 LCSP), aspecto también relevante a estos efectos.

Para los órganos autonómicos, el legislador estatal, respetuoso de la potestad de autoorganización autonómica, se limita a establecer, en términos muy similares a los dispuestos en la Directiva 89/665/CEE, que “el nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad” (art. 46.1 LCSP). Y, en lo que hace a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, si decidieran crear sus propios órganos, el legislador los sujeta a los mismos requisitos garantizadores de su independencia que se establecen en el artículo 46.1 LCSP para los órganos de las comunidades autónomas (art. 46.3 LCSP). Finalmente, tratándose de entidades locales, solo se concretan por la ley estatal ciertas garantías de independencia para el caso de los órganos que pudieran crearse en el seno de los ayuntamientos de los municipios de gran población y de las diputaciones provinciales, respecto de los cuales se dice que el nombramiento, la remoción y la duración del mandato de sus miembros se registrarán

9. Esta inconcreción en la LCSP, de la cualificación de los miembros de los tribunales administrativos en el caso de los órganos autonómicos y locales, que luego se repite también cuando se trata de concretar las garantías relativas a la independencia, ha sido criticada en Mora Ruiz (2018: 89), quien entiende que, en este punto, la legislación básica podría haber llegado un poco más lejos, estando justificado en atención al artículo 149.1.18.^a CE haber establecido una regulación más estandarizada del órgano, al tratarse de un procedimiento común a todas las Administraciones públicas.

10. Este tema ha sido desarrollado en el trabajo de Vilalta Reixach (2022: 119-136).

por lo que establezca la legislación autonómica o, en su defecto, por lo establecido para el tribunal estatal (art. 46.4 LCSP)¹¹.

Junto a estas exigencias de carácter orgánico, el mismo precepto de la Directiva 89/665/CEE establece otras de tipo procedimental: la primera, que, cuando el órgano responsable del procedimiento de recurso no tenga carácter jurisdiccional, motive siempre sus decisiones por escrito; la segunda, que, en tal caso, estas decisiones puedan ser objeto de un recurso jurisdiccional; la tercera, que sean fruto de un procedimiento contradictorio; y la cuarta, que tengan efectos jurídicos vinculantes. Pese a que se trata de exigencias aplicables al procedimiento de recurso, no al órgano en sí, pensamos que el modo en que este ejerce sus funciones puede aclarar también la naturaleza jurídica del mismo.

La LCSP, en su transposición de la Directiva, cumple también con estas otras exigencias de tipo procedimental. La primera aparece reflejada en diversos preceptos de esta, comenzando con el artículo 57.2, donde se dice que la resolución del recurso decidirá “motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado”, pero también en preceptos como el 49.2, que obliga a motivar la decisión que se adopte sobre la solicitud de medidas cautelares, o el 56.4, que exige motivar el rechazo de “las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias”. La segunda se recoge en el artículo 59.1, según el cual, “contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en [...] la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”¹². La tercera queda garantizada desde el momento en que el primer apartado del artículo 56 remite a “las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, pero también con la regulación de la prueba que se hace en el mismo artículo, apartado 4, así como con las referencias a la formulación de alegaciones que se hacen en diversos preceptos (arts. 52.3, 56.3 y 57.1). Y, finalmente, la cuarta se manifiesta en el artículo 59.2, que establece que “la resolución será directamente ejecutiva”, pero también en el 57.4, según el cual, “en caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá

11. La previsión en la LCSP de una planta local de tribunales administrativos de recursos contractuales ha sido objeto de críticas en el trabajo de Gimeno Feliu (2018: 1786-1788), quien entiende que no se garantizan ni la independencia ni la especialización de los mismos, poniendo en riesgo el modelo desde una evidente asimetría contraria al principio de seguridad jurídica, e impidiendo un verdadero control eficaz de la contratación pública.

12. En igual sentido, véase Bernal Blay (2011: 13-14).

dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma”.

3. Caracteres diferenciadores de los órganos administrativos y judiciales

Conforme a la metodología expuesta en las primeras páginas, procedemos a continuación a apuntar los elementos que permiten caracterizar a órganos administrativos y judiciales, puesto que se trata en este trabajo de determinar la naturaleza jurídica de los tribunales administrativos de recursos contractuales, y ello exige tener bien fijados los elementos de contraste, que necesariamente deberán ser estos. Se tendrá también en cuenta qué se considera órgano jurisdiccional para el TJUE, lo que es relevante por dos razones: la primera, porque nuestro derecho de la contratación pública es principalmente derecho europeo; y la segunda, porque el cuestionamiento de la naturaleza jurídico-administrativa de nuestros órganos de resolución de recursos contractuales tiene su origen en cierta medida en una sentencia europea.

3.1. El concepto de órgano administrativo y sus caracteres

La aproximación al concepto de órgano administrativo exige comenzar por ubicarlo en la estructura de nuestras Administraciones públicas, y, por tanto, en el poder ejecutivo del Estado (entendido este en sentido amplio). Esto es, el órgano administrativo forma parte de la Administración pública, constituyendo la forma en la que esta se organiza para el cumplimiento de sus fines constitucionales. Por supuesto, al ser parte de la Administración, está sujeto a los mismos principios (art. 103.1 CE) y garantías que esta (arts. 105 y 106 CE), en un régimen de derecho público, en cuanto el órgano administrativo también es Administración.

Entre las distintas elaboraciones doctrinales que se han acuñado para explicar qué se entiende por órgano administrativo destaca la de la doctrina alemana de finales del siglo XIX, que, mediante una analogía entre los seres vivos y las personas jurídicas, sostuvo que, de la misma forma que la anatomía de una persona física está integrada por órganos, cada uno de los cuales cumple una función necesaria para la vida de esta, la persona jurídica que es la Administración pública se compone de órganos, a los que una norma jurídica atribuye funciones, necesarias para el servicio a los intereses generales que es propio de la Administración (art. 103.1 CE)¹³.

13. Puede verse al respecto, entre otros, Santamaría Pastor (2018a: 263).

Es esta atribución de funciones, que como tal se desempeñan por las personas físicas que integran el órgano, funcionarios o servidores públicos, y, en su caso, titulares del órgano, la que determina la existencia de un órgano administrativo. La complejidad actual de nuestras Administraciones públicas impide que el ejercicio de las funciones que se atribuyen a las mismas se lleve a cabo aisladamente por un funcionario público, lo que justifica la creación de órganos administrativos, como estructuras que agrupan personas para el desempeño de estas funciones. El órgano administrativo es, por tanto, la fórmula organizativa que permite a la Administración cumplir las funciones que tiene encomendadas, racionalizando su ejercicio mediante el reparto de estas entre los distintos órganos que se decide que la conformen¹⁴.

El artículo 5.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante Ley 40/2015) responde en cierto modo a esta concepción¹⁵, cuando establece como requisitos para la creación del órgano administrativo los siguientes: a) la determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate y su dependencia jerárquica; b) la delimitación de sus funciones y competencias; y c) la dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento. De esta forma, conforme a la concepción doctrinal antes expuesta, su integración en la Administración pública y la atribución de funciones al mismo definirían al órgano administrativo.

El precepto también apunta a la dependencia jerárquica como una de las notas características del órgano administrativo, atendiendo al principio de jerarquía por el que se rige la Administración (art. 103.1 CE), al menos en su dimensión interna. Si bien, como tendremos ocasión de ver más adelante, este no es un rasgo que se encuentre presente necesariamente en todos los órganos administrativos, de tal modo que solo podría exigirse como requisito de creación de estos en aquellos casos en que dicha dependencia jerárquica exista.

Finalmente, la dotación presupuestaria necesaria para su puesta en marcha y funcionamiento, que implica la asignación al órgano de medios personales y materiales, es otro requisito de la creación de este, erigiéndose también en rasgo definitorio de lo que es un órgano administrativo¹⁶.

14. Se consideran órganos administrativos todas las unidades funcionales abstractas que integran la organización pública. Puede verse al respecto Santamaría Pastor (2018a: 265).

15. El artículo 5.3 de la Ley 40/2015 tiene su origen en el hoy derogado artículo 11.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

16. Como se ha destacado en Sánchez Morón (2021: 238).

Recapitulando, podemos decir que integración en la Administración pública, atribución de funciones, dependencia jerárquica, en su caso, y dotación de medios, permiten, en principio, identificar al órgano administrativo.

No obstante, el legislador ha acotado un poco más esta concepción, disponiendo que la atribución de funciones no siempre implica la existencia de un órgano administrativo, matizando según el tipo de función de que se trate. El artículo 5.1 de la Ley 40/2015 establece que “tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”¹⁷. Se entiende así que es órgano administrativo aquel que en el ejercicio de sus funciones tiene capacidad de vincular a la Administración frente a terceros, cuyas decisiones y actuaciones pueden considerarse hechas por la Administración a la que pertenece. Lo que hacen o manifiestan las personas físicas titulares del órgano administrativo se imputa a este y, por tanto, a la Administración en la que se integra, entendiéndose que expresa la voluntad de esta¹⁸.

Por el contrario, aquellos órganos que no tienen capacidad de imputación no se considerarían órganos administrativos, sino meras unidades administrativas, a las que también se atribuyen funciones, pero que desempeñan en el ámbito interno de la Administración, sin repercusión directa para terceros. Las unidades administrativas no se considerarían órganos administrativos en sentido estricto¹⁹.

Pero a su vez, dentro de los considerados como órganos administrativos, también pueden diferenciarse estos en atención al tipo de funciones que ejercen, siendo la clasificación más conocida la que distingue entre órganos de gestión o activos, órganos consultivos o pasivos y órganos de control²⁰. Esta

17. El que estas funciones tengan efectos jurídicos frente a terceros implica que el ejercicio de las potestades administrativas, que son propias de la Administración, se ejerza normalmente por los órganos administrativos. Véase Santamaría Pastor (2018a: 265).

18. En tal sentido. Sánchez Morón (2021: 239).

19. Esta distinción entre órganos y unidades administrativas se encontraba antes recogida en un mismo capítulo de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Capítulo II del Título I), artículos 5 y 7, respectivamente. Con la nueva regulación cambian la ubicación y el ámbito de aplicación de ambos preceptos, de tal modo que el primero se aplica ahora a todas las Administraciones públicas y el segundo solo a la Administración estatal, artículos 5 y 56 de la Ley 40/2015.

20. No siendo este el único criterio diferenciador, o para la clasificación, de los órganos administrativos, aunque sí el que interesa a los efectos de este trabajo. La doctrina, y la propia normativa, los clasifica también en atención a su estructura o composición, distinguiendo entre órganos unipersonales y colegiados, así como según el territorio en el que ejercen sus competencias, diferenciando entre órganos centrales y territoriales o periféricos. Puede verse, entre otros, Gamero y Fernández (2023: 173-174).

clasificación ubica a los órganos administrativos en una u otra categoría en atención a la función que desempeñen, bien de manera exclusiva, bien de manera predominante, pues suele ocurrir, principalmente en las dos primeras categorías, que los órganos administrativos no se limitan a ejercer un solo tipo de función, aunque sea una la que predomine. Así, cuando predomina la función de emitir declaraciones de voluntad, hablamos de órganos de gestión o de Administración activa, mientras que cuando predominan las declaraciones de juicio u opinión estaríamos ante órganos consultivos o Administración pasiva, considerándose, finalmente, órganos de control aquellos cuya función es la de emitir actos de fiscalización de la actividad de los órganos de gestión.

En el caso de los dos últimos tipos de órganos referidos, los consultivos y los de control, se da además otra singularidad, que debe destacarse a los efectos de este trabajo, y es que no están sujetos a instrucciones jerárquicas²¹. No se someten al principio de jerarquía propio de la estructura interna de la Administración pública (art. 103.1 CE), no integrándose en esta bajo la dependencia jerárquica de otro órgano, como salvedad a lo dispuesto en el artículo 5.3.a) de la Ley 40/2015, tal y como ya se apuntó en párrafos anteriores. La falta de dependencia jerárquica de estos órganos se justifica como una garantía para el ejercicio de sus funciones, que requieren de lo que se conoce como autonomía funcional²².

La clasificación de los órganos administrativos en atención al tipo de funciones que se les atribuyen nos da pie a plantearnos si la función que estos ejercen puede considerarse también una nota caracterizadora del órgano administrativo. El problema estriba en la dificultad de reconducir estas funciones, que nos han llevado incluso a clasificar en tres los órganos administrativos, a una sola. Si bien, sí puede decirse, aunque sea en términos muy genéricos, que la función de la Administración, y, por tanto, de los órganos que la integran, es la de ser el brazo ejecutivo del Estado, el instrumento que este utiliza para poder actuar en el tráfico jurídico entablando relaciones con los ciudadanos, y así poder atender a los intereses generales²³.

Pero tampoco esta función es realmente definitoria de la actividad de todo órgano administrativo, siendo así que parece tener su origen en la idea de la Administración como Administración activa, que constituye el supues-

21. En lo que hace a los órganos consultivos, la redacción del artículo 7 de la Ley 40/2015 resulta muy clarificadora.

22. Véase al respecto Sánchez Morón (2021: 241). Por lo demás, es lo mismo que ocurre con las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal, reguladas por los artículos 109 y 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, si bien estas últimas no son propiamente órganos administrativos, al tener atribuida personalidad jurídica. Estaríamos ante Administraciones públicas especializadas del tipo independiente.

23. Acerca del papel de la Administración, puede verse Camero Casado (2015: 59-60).

to ordinario del tipo de funciones que ejerce esta. Por tanto, solo serviría para caracterizar a los órganos activos o de gestión, no encajando bien con los órganos consultivos ni con los de control, cuyo papel suele limitarse a la esfera interna de la Administración, por mucho que también repercutan sobre el ejercicio de funciones de gestión.

La misma dificultad se encuentra si se trata de reconducir la actividad de la Administración, vista desde una perspectiva material en vez de formal, a una sola. Conocida es la tradicional clasificación de la actividad administrativa en actividad de ordenación, fomento y servicio público, didáctica, pero insuficiente, ante la heterogeneidad y multiplicidad de la actividad de la Administración en el Estado social²⁴.

Tampoco resulta definatoria la caracterización del órgano administrativo en base a la atribución al mismo de potestades administrativas, no solo por la diversidad de estas, que es una consecuencia de la propia diversidad de la actividad administrativa, sino porque no todos ellos están investidos de potestades administrativas²⁵.

3.2. El concepto de órgano judicial y sus caracteres

El estudio del concepto de órgano judicial o jurisdiccional también exige comenzar ubicándolo dentro de la estructura de poderes del Estado, siendo así que estos se encuentran situados dentro del llamado poder judicial. La regulación constitucional de los órganos judiciales se establece en el Título VI del texto constitucional, dedicado específicamente al poder judicial. El artículo 117.1 de la Constitución Española lo deja muy claro, cuando dispone que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial”. Jueces y magistrados son los funcionarios titulares de los órganos jurisdiccionales, a quienes se atribuye el ejercicio de sus funciones, pudiendo distinguirse entre juzgados, cuando el órgano es unipersonal, y tribunales, cuando es colegiado²⁶.

Juzgados y tribunales, en cuanto integrantes del poder judicial, son Estado, una forma que tiene este de organizarse para así poder ejercer la potestad jurisdiccional, a la que luego nos referiremos. De esta forma, el Estado actuaría por medio de estos órganos, que no son sino centros de imputación

24. Puede verse, sobre esta cuestión, Santamaría Pastor (2018b: 225-228).

25. Como se ha apuntado en Navarro González (2021: 238).

26. Véase Moreno Catena (2008: 127), así como Montero *et al.* (2019: 96).

de normas y relaciones jurídicas, de poderes y deberes, esto es, funciones²⁷. Obsérvese la similitud de esta construcción con la del concepto de órgano administrativo expuesto en el epígrafe anterior, que también se articula sobre la atribución de funciones, considerándolos unidades funcionales abstractas, con la diferencia de que las funciones que se ejercen son las administrativas, y el poder en que se integran es el ejecutivo.

Para entender la naturaleza jurídica de los órganos judiciales resulta esencial entender la naturaleza de las funciones que se les atribuyen. Dentro del elenco de potestades públicas repartidas entre los tres poderes del Estado²⁸, a los órganos jurisdiccionales se les atribuye la llamada potestad jurisdiccional o jurisdicción²⁹. El artículo 117.3 CE establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales”. ¿Qué significa esta potestad jurisdiccional? ¿Qué quiere decir juzgar y hacer ejecutar lo juzgado? ¿Cuál es el alcance de esta potestad? Responderemos a estas preguntas basándonos en la doctrina procesalista, que ha construido un concepto propio de potestad jurisdiccional en el derecho español, con fundamento en la regulación que se establece en la Constitución Española.

El fin de la potestad jurisdiccional es resolver, con carácter definitivo e irrevocable, los conflictos jurídicos que se puedan plantear en sociedad. A tal fin, a la potestad jurisdiccional le corresponde la potestad de decir el derecho (*iurisdictio* o *ius dicere*), no quedándose ahí, sino incluyendo también la potestad de imponer por la fuerza el cumplimiento de las decisiones judiciales. Esto es, por tanto, lo que significa la expresión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado recogida en el artículo 117.3 CE, potestad de decisión y potestad de coerción³⁰.

Con la resolución de los conflictos jurídicos se atiende a una doble finalidad: por un lado, se tutelan los derechos subjetivos, atendiendo a las pretensiones planteadas por los ciudadanos; y por otro, se controla el cumplimiento de las normas jurídicas y del Estado de derecho³¹. En realidad,

27. Como se ha señalado en Moreno y Cortés (2021: 89-90).

28. Puede verse, al respecto, Gamero Casado (2021: 69-72).

29. Sobre el particular, véase Montero *et al.* (2019: 65).

30. Lo que queda reforzado por el artículo 118 del texto constitucional, según el cual “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

31. A esta finalidad de la jurisdicción de controlar el cumplimiento del derecho obedece la constitucionalización en el artículo 106.1 CE del control de la Administración por el poder judicial, disponiéndose que “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”. No obstante, aunque no se diga expresamente en el texto constitucional, el control de la Administración por los órganos jurisdiccionales también responde a la finalidad de tutelar los derechos

puede decirse que mediante la tutela de los derechos subjetivos se está salvaguardando al mismo tiempo el derecho objetivo, por lo que ambas finalidades serían complementarias. A estas dos finalidades suele añadirse una tercera, la finalidad de creación del derecho, que entra en juego en aquellos casos en que, planteado un conflicto jurídico, no existe norma de aplicación, función esta que se reserva a la jurisprudencia en cuanto opera como fuente complementaria del ordenamiento jurídico (art. 1.6 Código Civil).

Cuando se dice que la solución del conflicto jurídico por los órganos judiciales tiene carácter definitivo e irrevocable, lo que se está diciendo es que la sentencia dictada por estos constituye el último pronunciamiento con relación al mismo, generando lo que se conoce como efecto de cosa juzgada. Y ello sin perjuicio de que, dentro de la propia organización judicial, pueda articularse un sistema de recursos para revisar las decisiones judiciales, puesto que, una vez que se ha pronunciado la última instancia dentro del poder judicial, no cabe volver sobre el problema resuelto.

La potestad jurisdiccional se atribuye en exclusiva a los órganos judiciales integrados en el poder judicial (art. 117.3 CE). Estos están legitimados para resolver el conflicto porque actúan como terceros imparciales ajenos al mismo, pudiendo resolver e imponer su solución, en cuanto están dotados del poder público del Estado y son expresión de la soberanía nacional (art. 117.1 CE)³².

El ejercicio de esta potestad por los órganos jurisdiccionales está dotado de una serie de garantías recogidas en la propia Constitución. Unas vienen referidas a la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados en el ejercicio de esta función (arts. 117.1, 117.2 y 127 CE), y otras al modo en el que se ejerce la misma, mediante un procedimiento regido, entre otros, por los principios de publicidad (art. 120.1 CE) y contradicción (art. 24.2 CE), cuya resolución debe ser motivada (art. 120.3 CE).

En lo que hace a las garantías constitucionales de la independencia e imparcialidad de jueces y magistrados, el artículo 117.1 CE los declara “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. La inamovilidad se concreta un poco más en el artículo 117.2 CE, según el cual “no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley”. El artículo 127 CE determina que jueces y magistrados, “mientras se hallen en activo, no podrán

subjetivos, en cuanto el artículo 24 CE reconoce como un derecho fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva, sin distinción de orden jurisdiccional.

32. Hasta aquí hemos seguido principalmente el análisis expuesto en Moreno y Cortés (2021: 43-44).

desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos”, y remite a la ley el sistema y las modalidades de asociación profesional de estos (apartado 1), igual que hace con el régimen de incompatibilidades (apartado 2). Esta ley es la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Pasando a las garantías procedimentales establecidas en la Constitución Española, el artículo 120.1 de la misma establece que “las actuaciones judiciales serán públicas”, y el 120.3 que “las sentencias serán siempre motivadas”. Tras reconocer el artículo 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva, el apartado segundo del mismo precepto constitucional lo completa fijando una serie de importantes garantías procesales, como son el “derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

3.3. El concepto de órgano judicial y sus caracteres según el TJUE

Al margen del concepto de órgano judicial que se maneja en derecho español, del que se ha dado cuenta en el epígrafe anterior, el derecho europeo tiene el suyo propio, en el que considera órgano jurisdiccional al que cumpla los siguientes requisitos: tener origen legal, carácter permanente, jurisdicción obligatoria, actuar a través de un procedimiento contradictorio, aplicar normas jurídicas y ser independiente³³.

Dado que la Unión Europea debe respetar la organización propia de cada Estado miembro, su concepto de órgano jurisdiccional lo es solo a los efectos de la aplicación de sus normas. Concretamente, ha sido el TJUE el que ha establecido qué debe entenderse por órgano jurisdiccional, si bien con la única finalidad de determinar qué órganos de los Estados miembros están legitimados para plantear una cuestión prejudicial ante este, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta jurisprudencia del TJUE se remonta a los años sesenta, y se ha visto consolidada y completada por sentencias posteriores³⁴.

33. Estos requisitos han sido objeto de estudio en el trabajo de Hernández González (2016: 504-508).

34. Puede verse al respecto la Sentencia del TJUE de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Ajuntament d'Almelo i altres*, en la que se cita la Sentencia de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Goebbels* (61/65, rec. p. 377), como aquella en la que el TJUE delimita el concepto de órgano jurisdiccional a estos efectos, indicando los criterios que este debe satisfacer: el origen legal,

En lo que hace al caso español, el concepto europeo de órgano jurisdiccional ha sido aplicado al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, considerándolo como tal en la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*. Y, más recientemente, también ha recibido la calificación de órgano jurisdiccional el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, *Montte, S.L. / Musikene*. Estas sentencias no son más que las últimas de una serie de pronunciamientos del TJUE, en los que ya se había calificado de órganos jurisdiccionales a los órganos de resolución de recursos contractuales de otros Estados miembros, pese a no serlos para su derecho interno³⁵.

Los criterios antes apuntados han sido analizados e interpretados por la jurisprudencia europea, que ha incidido en los más problemáticos. Así, no le han planteado especial problema los relativos al origen legal y la permanencia del órgano, o el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación de normas jurídicas por este. Más difíciles de precisar han sido el carácter obligatorio de su jurisdicción y la independencia de este. Finalmente, el TJUE ha terminado por añadir un séptimo criterio, claramente funcional, consistente en exigir que el órgano ejerza una función jurisdiccional.

Precisando un poco más los criterios más conflictivos o menos obvios, debemos apuntar que el carácter obligatorio de la jurisdicción significa que las partes en un conflicto están obligadas a resolverlo ante el órgano jurisdiccional, siendo, además, sus resoluciones vinculantes. Y la independencia, que el órgano tenga la consideración de tercero respecto de la autoridad que haya tomado la decisión recurrida. Por último, el ejercicio de una función jurisdiccional se entiende que se cumple siempre que el órgano pueda declarar la ilegalidad de las decisiones recurridas.

la permanencia, la jurisdicción obligatoria, el procedimiento contradictorio y la aplicación de normas jurídicas. En sentencias posteriores —se dice— estos criterios se vieron completados con el de la independencia (sentencias de 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, 14/76, rec. p. 2545, apartado 7; de 21 de abril de 1988, *Pardini*, 338/85, rec. p. 2041, apartado 9; y de 30 de marzo de 1993, *Corbiau*, C-24/92, rec. p. I-1278).

35. Nos referimos a las siguientes: sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96, *Dorsch Consult* (Comisión federal de Control de la Adjudicación de Contratos Públicos alemana); sentencia de 4 de febrero de 1999, asunto C-103/1997, *Köllensperger y Atzwanger* (Oficina de Adjudicaciones del Land del Tirolo); sentencia de 18 de junio de 2002, asunto C-92/00, *HI* (Comisión de Control de las Adjudicaciones del Land de Viena); y, más recientemente, sentencias de 13 de diciembre de 2012, asunto C-465/11, *Forposta y ABC Direct Contact* (Junta Nacional de Apelaciones en materia de contratos de Polonia), y de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, *Bundesdruckerei* (Tribunal de Contratación Pública del Distrito alemán de Arnsberg).

4. Identificación de estos caracteres en los tribunales administrativos de recursos contractuales

Partiendo de la caracterización de los tribunales administrativos de recursos contractuales, hecha en las primeras páginas de este trabajo, lo que procede ahora es pasar a verificar en qué medida sus rasgos definitorios se ajustan a los de órganos administrativos y judiciales. Con ello se pretende obtener elementos de juicio suficientes para poder pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de estos órganos.

4.1. Caracteres de los órganos administrativos en los tribunales administrativos de recursos contractuales

Comenzando con las notas caracterizadoras de los órganos administrativos, pensamos que la ubicación de los tribunales administrativos de recursos contractuales en el poder ejecutivo, y su integración en la Administración pública, con la consiguiente aplicación de sus principios y régimen jurídico, están fuera de toda duda³⁶. Así, el artículo 45.1 LCSP establece que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales “estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública”, adscripción al órgano departamental correspondiente que también se suele hacer en el caso de los tribunales autonómicos³⁷. En cuanto al régimen jurídico, además de la evidencia de su regulación en la LCSP, ley dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias sobre contratación administrativa (art. 149.1.18.^a CE), pueden apuntarse las distintas remisiones que esta hace a las leyes de cabecera del derecho administrativo. Sirvan de ejemplo la del artículo 45.1 LCSP, que establece que, para el tribunal estatal, “serán de aplicación al régimen de constitución y funcionamiento del Tribunal las disposiciones relativas a ór-

36. A esta conclusión puede llegarse analizando los datos obtenidos en el estudio empírico sobre los tribunales administrativos de recursos contractuales en España, realizado en el marco del proyecto de I+D+i, en cuyo seno se escribe este trabajo: “Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales” (PID2019-106255GB-I00), en colaboración con la Fundación Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals. En las encuestas realizadas en este estudio se incluía una pregunta sobre la forma de adscripción orgánica del tribunal (pregunta C.3), cuyas respuestas nos han permitido ratificar que estos tribunales se adscriben a órganos integrados en la Administración pública.

37. Así, el artículo 1.2 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, adscribe este “a la Consejería competente en materia de Hacienda”; o el artículo 1 del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y su funcionamiento, lo adscribe “al departamento competente en el establecimiento de criterios y en la dirección y el control de la contratación pública”.

ganos colegiados contenidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público³⁸, o la del artículo 56.1 LCSP, según la cual “el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes”³⁹.

La concepción del órgano administrativo como unidad funcional, órgano de la Administración al que se atribuyen funciones de esta, también se cumple en los tribunales administrativos de recursos contractuales, en cuanto los artículos 45 al 47 LCSP establecen la competencia de estos para la resolución del recurso especial en materia de contratación, siendo esta la función que se les atribuye.

Para que sea realmente considerado órgano administrativo, y no una mera unidad administrativa, el artículo 5.1 de la Ley 40/2015 exige, como ya se ha dicho, que estas funciones “tengan efectos jurídicos frente a terceros”. Esta expresión ha sido entendida tradicionalmente como referida a la capacidad de imputación del órgano, cuya voluntad expresa la voluntad de la Administración frente a terceros. Esto es así, con ciertos matices, en el caso de los tribunales administrativos de recursos contractuales.

La Ley dispone que la resolución del recurso interpuesto ante el tribunal administrativo debe estimar o desestimar las pretensiones formuladas, anulando en su caso las decisiones no conformes a derecho, dando traslado al órgano que las adoptó para su cumplimiento (arts. 57.2 y 4 LCSP). La resolución del recurso es, además, directamente ejecutiva (art. 59.2 LCSP). Si bien ello produce, indudablemente, efectos jurídicos para los licitadores interesados en el recurso, vinculando a la Administración que debe cumplir lo decidido por el tribunal administrativo, la decisión adoptada no es del órgano de gestión, sino del órgano de control que, con criterio independiente, revisa esta. Pese a ello es claro que expresa la voluntad de la Administración

38. En igual sentido para el caso andaluz, puede citarse el artículo 8.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que establece una remisión a la legislación básica reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas en términos similares a los establecidos en la ley estatal.

39. Véase por ejemplo, en el caso catalán, que el artículo 14 del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y su funcionamiento, remite, en lo que hace al procedimiento, a “las normas básicas de la legislación de contratos del sector público en esta materia, sus normas de desarrollo y las normas específicas de procedimiento desarrolladas en este Decreto y por la normativa reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común”.

en la que se integra, aunque esta voluntad haya consistido en corregir la de otro órgano administrativo integrado en la misma Administración.

También respetan los tribunales administrativos de recursos contractuales la mayoría de los requisitos establecidos en el artículo 5.3 de la Ley 40/2015, que deben cumplirse para la creación de un órgano administrativo. Pueden constatarse la delimitación de sus funciones y competencias, que viene dada por los preceptos antes citados, así como la existencia de dotación presupuestaria, que puede verificarse en las correspondientes leyes de presupuestos, y la integración de este en la Administración pública de que se trate, que viene evidenciada por la adscripción del órgano al ministerio o consejería correspondiente.

El problema lo plantearía la dependencia jerárquica, como característica del órgano administrativo, que no se da en los tribunales administrativos de recursos contractuales, caracterizados por su independencia funcional (arts. 45.1 y 46.1 y 4 LCSP), pese a la nota de la adscripción⁴⁰, si bien, como ya se ha dicho, la dependencia jerárquica no es un rasgo de todos los órganos administrativos, y admite excepción. De hecho, en los llamados órganos de control, la independencia es una garantía para el ejercicio de sus funciones.

De los tres tipos de órganos administrativos que se han clasificado en atención a sus funciones, de gestión o activos, consultivos o pasivos y de control, los tribunales administrativos de recursos contractuales encajan bien en el concepto de órgano de control, siendo esta una opinión con la que coincide la mayoría de la doctrina⁴¹.

Como ya se ha apuntado en páginas anteriores, la diversidad de la actividad administrativa impide reconducir esta, así como las potestades administrativas que en su caso se le atribuyan, a un único tipo de actividad o potestad que se erija en rasgo único e identificativo del órgano administrativo. No obstante, ubicados los tribunales administrativos de recursos contractuales entre los órganos de control, y aun siendo conscientes de que tampoco hay uniformidad dentro de este tipo de órganos, sí podemos reconducir el ejercicio de potestades administrativas por estos a un único tipo de potestad, la llamada potestad de revisión. Mediante esta se faculta a la Administración para revisar unilateralmente sus propios actos, en el ejercicio de una potestad que ha sido calificada por la doctrina como autotutela en

40. La adscripción a un órgano departamental no es incompatible con la independencia del órgano adscrito, pues opera a otros efectos, puramente organizativos, sin que implique dependencia jerárquica, como se ha apuntado en Santamaría Pastor (2015: 55).

41. Puede verse, entre otros, Sánchez Morón (2021: 241).

segunda potencia⁴². En algunos supuestos paradigmáticos, como el control que se ejerce a través del recurso de alzada, esta revisión ante la Administración es preceptiva si se quiere acceder luego a la justicia, constituyendo un presupuesto procesal (artículos 122.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 25.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Pese a ello, debe hacerse notar que la revisión que hacen de las decisiones de la Administración los tribunales administrativos de recursos contractuales presenta características distintas a la revisión de sus propios actos por la Administración⁴³. Piénsese que la potestad de revisión, tal y como la conocemos, se suele ejercer por el propio órgano que dictó el acto o por su superior jerárquico, incardinados en todo caso dentro de la estructura de la Administración a la que se imputa el acto. Aunque los tribunales administrativos también se integran en esta, lo hacen bajo una independencia e imparcialidad, sin sujeción a instrucciones jerárquicas, que hacen que su revisión de los actos de la Administración tenga menos de ejercicio de autotutela y más de garantía del ciudadano. En consonancia con esto último, debe destacarse que la interposición del recurso especial en materia de contratación es potestativa, no constituyendo un presupuesto para el acceso a la justicia (art. 44.7 LCSP).

No difiere solo en su sentido y finalidad, sino también en lo que hace al alcance del ejercicio de la potestad de revisión. Mientras la revisión de sus propios actos por la Administración la efectúe el órgano que dictó el acto o su superior jerárquico, puede determinar la sustitución del acto anulado por otro distinto; esto no sucede en el caso de la revisión que hace el tribunal administrativo de recursos contractuales, que, en cuanto actúa como un tercero independiente, debe limitarse a anular el acto impugnado, no pudiendo sustituir la voluntad del órgano que lo emitió, dictando un acto distinto. En este aspecto, la revisión que hacen estos tribunales administrativos se parece, en cuanto a sus límites, a la que harían los tribunales de lo contencioso-administrativo⁴⁴, aunque no en su alcance, que se entiende meramente revisor, no de plena jurisdicción⁴⁵.

42. Tal y como se calificó en su día esta potestad en García de Enterría y Fernández (2022: 565-566).

43. Sus singularidades son las propias de los recursos administrativos especiales, que pueden establecerse por las leyes en atención a la habilitación contenida en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

44. En esta misma línea, véase Díez Sastre (2012a: 160).

45. Este carácter meramente revisor del recurso especial ha sido sostenido en Hernáez Salguero (2013: 90), Mora Ruiz (2018: 141-142), Santamaría Pastor (2015: 65-69), Santiago Fernández

Tabla 1. Caracteres de los órganos administrativos en los TARC (elaboración propia)

Caracteres de los órganos administrativos en los TARC	
Integración en el poder ejecutivo	Sí
Integración en la Administración pública	Sí
Dependencia jerárquica	No, pero debe matizarse
Dotación presupuestaria	Sí
Régimen jurídico de derecho administrativo	Sí
Atribución de funciones	Sí
Funciones con efectos jurídicos frente a terceros	Sí, pero debe matizarse
Funciones de gestión, consultivas o de control	Control
Ejercicio de la potestad administrativa de revisión	Sí, pero debe matizarse

4.2. Caracteres de los órganos judiciales en los tribunales administrativos de recursos contractuales

En lo que hace a los caracteres de los órganos judiciales presentes en los tribunales administrativos de recursos contractuales, tenemos que empezar diciendo que, igual de evidente que resultaba la integración de estos en el poder ejecutivo y en la Administración pública, lo resulta, precisamente por contraposición, su no integración en el poder judicial. No solo no se recoge en la LCSP, sino que, como es obvio, estos órganos no pueden estar integrados al mismo tiempo en ambos poderes del Estado. Esto tiene ya una primera consecuencia importante, y es que el régimen jurídico de los tribunales administrativos no puede ser el de los órganos jurisdiccionales. No se les aplica ni la Ley Orgánica del Poder judicial ni la legislación procesal, a la que se someten estos (artículos 117.3 y 122.1 CE). No se rigen, pues, por el derecho procesal.

Sí son los tribunales administrativos de recursos contractuales, igual que los órganos judiciales, centro de imputación de relaciones jurídicas, unida-

(2018: 841-843) y Valcárcel Fernández (2016: 338-339). Una posición ligeramente diferente es la adoptada en Razquin Lizarraga (2018: 217-218), quien entiende que, al menos parcialmente, sí es un recurso de plena jurisdicción, en cuanto "además de anular el acto pueden estimar la pretensión de resarcir los daños y perjuicios". Y, con toda rotundidad, se afirma que es un recurso de plena jurisdicción en Gimeno Feliu (2010: 162), entendiendo que cabe el "restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización". Desde otra perspectiva, la de la distinción entre una tutela restitutoria o primaria y resarcitoria o secundaria, puede verse el completo análisis que se realiza en Díez Sastre (2012b: 153, 296), quien entiende que ambos tipos de tutela están presentes en la regulación española de este recurso especial.

des organizativas a las que se atribuyen funciones. Pero porque esta característica, en realidad, es también propia del órgano administrativo. La idea del órgano como unidad funcional integrada en una organización, entender que el órgano existe cuando a este se le atribuyen funciones, no es exclusiva de la organización judicial. Otra cosa será la naturaleza de esas funciones.

En cuanto a esto último, debe recordarse que a los órganos jurisdiccionales se les atribuye la llamada potestad jurisdiccional o jurisdicción, que es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, cuyo concepto y alcance se ha avanzado ya en páginas precedentes, a fin de poder utilizarlo ahora como elemento de comparación. Esta potestad se asigna con carácter exclusivo a los órganos jurisdiccionales, por lo que no puede ser ejercida por órganos no integrados en el poder judicial (art. 117.3 CE). Con esto ya es posible afirmar que los tribunales administrativos de recursos contractuales no ejercen la potestad jurisdiccional, siendo este un rasgo exclusivo de los órganos judiciales.

Ahora bien, pese a que no ejerzan la potestad jurisdiccional como tal, en un sentido formal, es posible plantearse si la potestad administrativa de revisión de los actos de la Administración, que tienen atribuida estos tribunales administrativos, presenta rasgos, siquiera sea en un sentido material o funcional, que asemejen el ejercicio de sus funciones al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Para responder a esta cuestión, nuestro elemento de comparación serán las potestades que integran la potestad jurisdiccional, su alcance, y los fines de esta.

Comenzando con las potestades, la potestad jurisdiccional se compone de la potestad de decisión (juzgar) y la potestad de coerción (ejecutar). Mediante la primera se resuelve un conflicto jurídico con carácter definitivo e irrevocable, mediante la segunda se puede imponer por la fuerza el cumplimiento de dicha resolución.

Los tribunales administrativos de recursos contractuales resuelven conflictos jurídicos, y, por tanto, deciden (art. 57 LCSP, apartados 1 y 2), aunque no con carácter definitivo e irrevocable, pues, deferencia judicial al margen⁴⁶,

46. La deferencia judicial hacia los tribunales administrativos de recursos contractuales queda constatada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, dictada en recurso de casación núm. 3014/2013 (STS 4223/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4223), en cuyo fundamento jurídico sexto se dice sobre ellos que, "por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa". Por otra parte, desde una perspectiva cuantitativa, el porcentaje de estimación de recursos contenciosos interpuestos contra las resoluciones de los órganos de recursos contractuales es bajo, como se ha apuntado en Valcárcel Fernández (2016: 315). En el mismo sentido, en

lo cierto es que sus decisiones están sujetas al control de los tribunales de lo contencioso-administrativo (art. 59.1 LCSP), por lo que no generan efectos de cosa juzgada, como sí sucede en el caso de las decisiones de los órganos judiciales. Ahora bien, el que la decisión administrativa pueda ser impugnada ante un órgano judicial, no va en detrimento de la ejecutividad de esta, debiendo cumplirse, pues es ejecutiva, y produce efectos jurídicos desde que se pone en conocimiento de los interesados (arts. 57.4 y 59.2 LCSP).

Conclúyase, pues, que los tribunales administrativos de recursos contractuales ejercen una potestad de decisión distinta a la jurisdiccional, desde el momento en que la decisión adoptada no tiene carácter definitivo ni es irrevocable. Además, como se ha apuntado al final del epígrafe anterior, en lo que hace al alcance del ejercicio de la potestad, el recurso administrativo especial en materia de contratación tiene un carácter meramente revisor, no es un recurso de plena jurisdicción, como el contencioso-administrativo. Por todo ello, en nuestra opinión, la potestad de decisión administrativa tiene una naturaleza distinta, no es comparable a la judicial, ni siquiera en un sentido material o funcional.

Por otro lado, la potestad de imponer por la fuerza el cumplimiento de sus resoluciones es una potestad atribuida a todas las Administraciones públicas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula lo que se conoce como potestad de ejecución forzosa o autotutela ejecutiva (art. 99). La cualidad del acto administrativo de poder ser ejecutado por la fuerza se conoce como ejecutoriedad (art. 98). El problema está en que, pese a la afirmación de la Ley 39/2015, no todos los actos administrativos gozan de esta cualidad, requiriendo la atribución de esta potestad de la concreción por ley de los medios de ejecución (art. 100.1)⁴⁷. De los distintos medios previstos en la Ley 39/2015, solo el apremio sobre el patrimonio y la ejecución subsidiaria pueden ejercerse por la Administración sin habilitación legal adicional (arts. 101 y 102), cosa que no ocurre cuando el medio idóneo a utilizar es la multa coercitiva o la compulsión sobre las personas (arts. 103.1 y 104.1).

En el caso de los tribunales administrativos de recursos contractuales, no encontramos ni una sola referencia a la ejecutoriedad de sus resoluciones, que no pasan de declararse ejecutivas, como ya se ha visto. Tampoco se con-

un trabajo más reciente, se ha pronunciado Pallarès Serrano (2023: 323-324), analizando datos del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, apuntando la baja proporción de resoluciones recurridas ante el contencioso-administrativo, así como el alto porcentaje de resoluciones ratificadas por este cuando se recurren.

47. En tal sentido, véase Gamero Casado (2021: 90-91).

creta medio de ejecución forzosa alguna⁴⁸, cuando podría haberse optado por atribuir al tribunal administrativo la potestad de dictar multas coercitivas, instrumento que, por el contrario, sí puede utilizar un órgano judicial (art. 112 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Esto supone una carencia importante, ante la dificultad de hacer cumplir las decisiones de los tribunales administrativos de recursos contractuales a los órganos de contratación que se resistan al cumplimiento⁴⁹.

Puede, pues, concluirse que los tribunales administrativos de recursos contractuales no solo no tienen una potestad de coerción similar a la de los órganos judiciales, sino ni siquiera similar a la de otros órganos administrativos⁵⁰. Por tanto, ni en un sentido material o funcional puede afirmarse que, bajo esta perspectiva, estos órganos ejerzan potestad jurisdiccional.

Constatado que estos órganos no ejercen potestad jurisdiccional alguna, ni siquiera en un sentido material, queda aún por dilucidar si la potestad administrativa de revisión que se les atribuye tiene al menos fines coincidentes con los de la potestad jurisdiccional. Los fines de esta, según ha quedado determinado en páginas anteriores, son la tutela de los derechos subjetivos y el control del cumplimiento del derecho, a los que suele añadirse un tercer fin, el de creación del derecho cuando no existe norma de aplicación. No detectándose esta tercera finalidad en la regulación del recurso especial que se establece en la LCSP, además de estar reservada a la jurisprudencia conforme al artículo 1.6 del Código Civil⁵¹, lo que procede es determinar en

48. Curiosamente, esta referencia sí existía en la ley anterior, como puede verse en el artículo 49.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que tiene su origen en la reforma efectuada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En el mismo se concretaba la posibilidad de acudir al apremio sobre el patrimonio como medio de ejecución forzosa, indicación esta que no tiene mucho sentido, como se ha apuntado en Santamaría Pastor (2015: 205-207).

49. La carencia de poderes específicos de los tribunales administrativos de recursos contractuales, que aseguren el cumplimiento de sus resoluciones, ha sido destacada en Mora Ruiz (2018: 143) y en Razquin Lizarraga (2018: 220-222).

50. Además de mediante el análisis normativo, también llegamos a esta conclusión analizando los datos obtenidos del estudio empírico sobre los tribunales administrativos de recursos contractuales en España, realizado en el marco del proyecto de I+D+i en cuyo seno se escribe este trabajo: "Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales" (PID2019-106255GB-I00), en colaboración con la Fundación Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals. En las encuestas realizadas en este estudio se incluía una pregunta acerca de qué ocurre si la Administración contratante no ejecuta la resolución del tribunal (pregunta H.2). Aunque han sido pocos los tribunales que han respondido a esta pregunta, entre los que lo han hecho se han dado respuestas como la de que el tribunal no es competente para la ejecución efectiva de sus resoluciones, o la de que este carece de medidas coercitivas.

51. Entiéndase hecha esta afirmación sin perjuicio de la importancia que viene cobrando en los últimos años la doctrina vertida en las resoluciones de los tribunales administrativos de

qué medida se encuentran presentes los otros dos fines de la potestad jurisdiccional.

A la primera finalidad, de tutela de los derechos subjetivos, puede entenderse que responde la legitimación tan amplia que se recoge en el artículo 48 LCSP, que permite interponer el recurso especial en materia de contratación “a cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”⁵². También el objeto tan amplio, que se recoge en el artículo 44.2 LCSP, juega a favor de la tutela de los derechos de los licitadores, permitiéndoles impugnar desde los anuncios de licitación, pliegos y demás documentos contractuales, hasta actos de trámite cualificados y acuerdos de adjudicación, además de modificaciones del objeto del contrato, formalizaciones de encargos a medios propios y acuerdos de rescate de concesiones.

La segunda finalidad, de control de cumplimiento del derecho, está presente entre los propios fines de la misma Directiva 89/665/CEE, a cuya transposición responde la regulación del recurso especial contenida en la LCSP. La Directiva 89/665/CEE tiene precisamente por objeto establecer disposiciones específicas que permitan garantizar, utilizando medios de recurso eficaces y rápidos, la aplicación efectiva de las directivas de contratación pública.

También se encuentra presente en preceptos como el artículo 57.2 LCSP, que dispone que la resolución estimatoria del recurso “se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación”. E igualmente en los artículos 38 a 40 LCSP, en cuanto regulan los supuestos de invalidez de los contratos, que, aun no siendo exclusivos del recurso especial, pueden alegarse cuando se interpone este. Así, puede destacarse que se considere causa de anulabilidad no ya la infracción del ordenamiento jurídico, sino, en especial, la infracción de las reglas contenidas en la propia ley de contratos (art. 40 LCSP).

Para terminar con nuestro análisis, debemos plantearnos si los tribunales administrativos de recursos contractuales cuentan con las mismas ga-

recursos contractuales, a la que ya se reconoce cierta autoridad. En tal sentido, véase Hernández Salguero (2013: 90).

52. En coherencia con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, según el cual “los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”.

rantías de independencia e imparcialidad (arts. 117.1, 117.2 y 127 CE), así como con las garantías procedimentales (arts. 24.2, 120.1 y 120.3 CE), que establece la Constitución Española para los órganos judiciales. Vaya ya por delante que, aunque la respuesta sea afirmativa, nunca las garantías estarán al mismo nivel ni serán del mismo grado que las de los órganos judiciales, que tienen rango constitucional⁵³.

En lo que hace a las garantías de independencia e imparcialidad, la regulación española de los tribunales administrativos de recursos contractuales las recoge expresamente, respondiendo a un mandato del artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE, que llega al punto de exigir que, en lo relativo al nombramiento de los miembros del órgano, la duración de su mandato, su terminación, y su revocabilidad, estos estén “sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces”⁵⁴. Como ya expusimos en las primeras páginas de este trabajo, al estudiar los rasgos característicos de estos órganos, la LCSP concreta y desarrolla estas garantías para los tribunales estatales (arts. 45.4 y 5), mientras que en el caso de los tribunales autonómicos o locales se limita a referirse a ellas (arts. 46.1, 3 y 4), respetuosa del espacio regulatorio autonómico.

Las garantías procedimentales pueden resumirse en la publicidad de las actuaciones, el cumplimiento del principio de contradicción y la exigencia de motivación de las resoluciones. Todas ellas están presentes en el modo de proceder de los tribunales administrativos de recursos contractuales, no solo porque sean, nuevamente, una exigencia del artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE, sino porque así resulta de la aplicación al procedimiento de recurso de las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 56.1 LCSP). Pueden destacarse las distintas referencias a estas garantías en el articulado de la LCSP, desde las relativas a la motivación de las decisiones del tribunal administrativo (arts. 49.2, 56.4 y 57.2) hasta la regulación de la prueba establecida en el artículo 56.4, o las menciones a la formulación de alegaciones de diverso tipo que se hacen en algunos preceptos (arts. 52.3, 56.3 y 57.1).

53. Aunque en el caso de la Administración pública la Constitución también garantiza algunos de estos principios (objetividad de la Administración e imparcialidad de los funcionarios públicos en el artículo 103, principio de contradicción en el artículo 105), no lo hace de la misma manera ni con igual intensidad. Como se ha señalado por la doctrina, estas garantías de jueces y magistrados, en base a lo establecido en los artículos 117 y 122 CE, vienen a determinar un estatuto diferenciado del de los funcionarios públicos, que encuentra su base en el artículo 103 CE. En tal sentido, véase Montero *et al.* (2019: 96).

54. Lo que no puede suponer, como se ha apuntado en Santamaría Pastor (2015: 44), un estatus idéntico al de los jueces y magistrados, sino un estatus similar.

**Tabla 2. Caracteres de los órganos judiciales en los TARC
(elaboración propia)**

Caracteres de los órganos judiciales en los TARC	
Integración en el poder judicial	No
Régimen jurídico de derecho procesal	No
Atribución de funciones	Sí
Ejercicio de la potestad jurisdiccional	No
Deciden con carácter definitivo e irrevocable	No
Fines del ejercicio de la potestad jurisdiccional	Sí
Garantías de independencia e imparcialidad	Sí
Garantías de procedimiento	Sí

4.3. Caracteres de los órganos judiciales según el TJUE en los tribunales administrativos de recursos contractuales

La identificación de los rasgos propios de órganos administrativos y judiciales en los tribunales administrativos de recursos contractuales no estaría completa si no atendiéramos también al concepto de órgano judicial que aporta el TJUE. De este modo, igual que hemos hecho antes, también con relación a este concepto y sus caracteres procederemos a verificar si los tribunales administrativos se ajustan o no a estos.

Pese a la relevancia de las aportaciones del TJUE, siendo precisamente un pronunciamiento de este el que está en el origen de este trabajo, debe advertirse acerca del alcance limitado de su concepto. La definición de órgano jurisdiccional que da el TJUE tiene una única finalidad, determinar si el órgano cuya naturaleza se cuestiona puede o no plantear una cuestión prejudicial ante este, conforme a lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por tanto, el que para el TJUE el órgano en cuestión tenga naturaleza jurisdiccional, no significa que este sea realmente un órgano judicial, no desde luego para el derecho interno del Estado miembro de que se trate. De esta manera, la calificación como órgano jurisdiccional de un tribunal administrativo de recursos contractuales a efectos del derecho de la Unión Europea, no prejuzga su naturaleza jurídica a efectos del derecho interno.

Tomaremos de referencia en nuestro análisis el pronunciamiento judicial al que nos hemos referido antes, la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*. En esta

se concluye que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público debe considerarse órgano jurisdiccional, a los efectos de considerarse legitimado para plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. A este fin, se analiza la concurrencia de una serie de rasgos caracterizadores, acuñados por la jurisprudencia europea, y que son los siguientes: el origen legal, la permanencia, la aplicación de normas jurídicas, la jurisdicción obligatoria, la actuación mediante un procedimiento contradictorio, la independencia y el ejercicio de una función jurisdiccional. Si bien en esta sentencia el TJUE no entra a fondo en la mayoría de estos criterios, por obvios, nosotros sí procederemos a continuación a fundamentar su concurrencia, siquiera sea someramente.

El origen legal del órgano está claro, en la medida en que los tribunales administrativos de recursos contractuales tienen su origen en la LCSP, siendo creado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por el artículo 45 de dicha Ley, y teniendo su origen los correspondientes tribunales autonómicos y locales en el artículo 46 de esta, independientemente del instrumento de creación, que no tiene que ser necesariamente una norma con rango de ley⁵⁵.

La permanencia tampoco plantea dudas. Los tribunales administrativos de recursos contractuales no son órganos creados *ad hoc*, sino que ejercen sus funciones de forma permanente, en todo asunto que sea sometido a su conocimiento, y en el marco de lo establecido por su norma de creación, así como por las directivas europeas y la legislación española de contratación pública.

La referencia que acabamos de hacer al marco normativo en el que operan, satisface a su vez el cumplimiento de otro de los criterios, el que el órgano aplique normas jurídicas, lo que también es indudable, pues resuelve las pretensiones que se le plantean bajo estrictos parámetros de legalidad. Igual que está fuera de toda duda la naturaleza contradictoria del procedimiento que sigue en sus actuaciones, como ya se ha evidenciado en el análisis precedente, habida cuenta de la aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a la que remite el artículo 56.1 LCSP.

55. Así, el tribunal andaluz es creado mediante el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, mientras que el tribunal catalán es creado originariamente mediante la disposición adicional cuarta de la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras, que crea el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, y transformado en tribunal a través del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y su funcionamiento.

El rasgo de la independencia concurre, según el TJUE, cuando el órgano tiene la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal, en este caso, el poder adjudicador. A nuestro juicio ello es así, como también se ha constatado en el análisis que hemos hecho en las páginas precedentes. Pese a tratarse de un órgano integrado en la estructura de la propia Administración que adjudica el contrato, la LCSP establece que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias (art. 45.1), estableciendo además el estatuto de independencia de sus miembros (art. 45, apartados 4 y 5). En términos similares se pronuncia para los tribunales autonómicos y locales, si bien en estos casos se deja el desarrollo de dicho estatuto de independencia a sus normas de creación (art. 46, apartados 1, 3 y 4).

También exige el TJUE, para que el órgano pueda considerarse órgano jurisdiccional a efectos de poder plantear ante el mismo una cuestión prejudicial, que en las funciones ejercidas por este se dé el ejercicio de una función jurisdiccional. Con ello lo que se quiere es que esté pendiente de resolver un litigio, debiendo adoptarse una resolución en un procedimiento que concluya con una decisión de carácter judicial. No obstante, esto último se interpreta en un sentido funcional, considerándose suficiente que el órgano pueda declarar la ilegalidad de las decisiones recurridas. En nuestra opinión, esto es así en el caso de los tribunales administrativos de recursos contractuales, que, como es sabido, pueden declarar “la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación” (art. 57.2 LCSP).

Hemos dejado para el final el que, a nuestro juicio, constituye el criterio más cuestionable, pues entendemos que, pese a lo que afirme el TJUE en la sentencia de referencia, esta nota característica no se da en los tribunales administrativos de recursos contractuales. Nos estamos refiriendo al carácter obligatorio de su jurisdicción, que ha sido entendido en un doble sentido: por un lado, que las partes en el conflicto estén obligadas a dirigirse al órgano para resolverlo, y por otro, que las resoluciones de este sean vinculantes⁵⁶.

Esto último no nos plantea problema, dada la ejecutividad de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales, que se

56. A la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, *Montte, S.L. / Musikene*, que más recientemente ha calificado de órgano jurisdiccional al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, le basta con determinar el carácter obligatorio de su jurisdicción atendiendo al carácter vinculante de las resoluciones de este, no entrando siquiera a refutar el argumento de la naturaleza potestativa del recurso.

declara por la LCSP sin perjuicio de la posibilidad de ser impugnadas ante los tribunales de justicia (art. 59.2).

Pero lo primero, el que las partes en conflicto se vean obligadas a dirigirse al órgano para resolverlo, entendemos que entra en clara contradicción con el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación (art. 44.7 LCSP). Los recurrentes no están obligados a interponer el recurso especial ante el tribunal administrativo de recursos contractuales, pudiendo optar por acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo. Por esta razón, no podría afirmarse el carácter obligatorio de la jurisdicción de los tribunales administrativos, ni, en consecuencia, su consideración de órgano jurisdiccional a estos efectos.

No obstante, el TJUE realiza en su sentencia un salto que no compartimos, acogiendo a los argumentos esgrimidos por el Gobierno español. En estos se sostiene que, en la práctica, los licitadores no recurren por lo general a la posibilidad de interponer directamente recurso contencioso-administrativo, sin haber planteado previamente ante el tribunal administrativo de recursos contractuales sus pretensiones. De este modo, la jurisdicción contencioso-administrativa interviene, como regla general, como segunda instancia, siendo así que la función de velar por el respeto del derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública incumbiría en primer lugar al tribunal administrativo⁵⁷.

En nuestra opinión, aun siendo esto cierto, ello no desdice el carácter potestativo del recurso administrativo especial, ni hace la jurisdicción del tribunal administrativo obligatoria, puesto que este no es el régimen legal establecido en la LCSP. A los licitadores se les reconoce por ley el derecho a acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que es suficiente para que no se pueda sostener el carácter obligatorio de la jurisdicción de los tribunales administrativos⁵⁸.

57. En esta misma línea, en Mora Ruiz (2018: 77-78), esta apunta que, *de facto*, el recurso administrativo especial termina por ser un recurso obligatorio.

58. De la misma opinión es Hernández Salguero (2013: 89), por razón del carácter potestativo del recurso administrativo especial, lo que le lleva a calificar estos órganos de cuasijurisdiccionales, si bien se pronuncia considerando la jurisprudencia previa del TJUE, antes de que este decidiera expresamente en su sentencia del año 2015 acerca de un órgano de recursos contractuales español.

Tabla 3. Caracteres de los órganos judiciales según el TJUE en los TARC (elaboración propia)

Caracteres de los órganos judiciales según el TJUE en los TARC	
Origen legal	Sí
Permanencia	Sí
Aplicación de normas jurídicas	Sí
Procedimiento contradictorio	Sí
Independencia	Sí
Ejercicio de una función jurisdiccional	Sí
Jurisdicción obligatoria	Solo en parte

5. Conclusiones

Tras el análisis realizado a lo largo de este trabajo, la respuesta a la pregunta que nos planteábamos al principio no nos ofrece ninguna duda: los tribunales administrativos de recursos contractuales tienen naturaleza jurídico-administrativa. Esta es nuestra posición.

La comparación realizada arroja como resultado la presencia en estos órganos de todos los rasgos propios de los órganos administrativos, aunque alguno ofrezca ciertas singularidades, lo que no es más que una consecuencia de la dificultad de reducir a la uniformidad una institución. Esto es lo que ocurre con la dependencia jerárquica, o con el ejercicio de la potestad administrativa de revisión.

Por el contrario, apenas ha sido posible detectar caracteres propios de los órganos judiciales en los tribunales administrativos de recursos contractuales. Lo poco que se ha detectado, como lo relativo a las garantías de independencia y procedimiento, en realidad, no es específico del órgano judicial, considerándose un rasgo propio de cualquier órgano administrativo de control. A ello se añade que ni siquiera en un sentido material o funcional puede sostenerse que estos órganos ejerzan la potestad jurisdiccional, aunque compartan los fines propios de esta.

Volviendo a la causa que justificaba la pertinencia del análisis realizado, la existencia de sentencias del TJUE declarando órganos jurisdiccionales a algunos órganos de recursos contractuales españoles, no nos parece suficiente para determinar su naturaleza jurídica. No nos lo parecen ni las sentencias ni los criterios empleados en las mismas. No solo por el alcance

limitado de los efectos de esta declaración⁵⁹, sino porque, además, la mayoría de estos criterios no son exclusivos de los órganos judiciales en derecho español, pudiendo también predicarse de los órganos administrativos. Esto es lo que ocurre con su origen legal, la permanencia, la aplicación de normas jurídicas y su procedimiento contradictorio, criterios estos que puede cumplir la generalidad de nuestros órganos administrativos.

En nuestra opinión, la calificación de estos órganos como cuasijurisdiccionales, que se viene haciendo por una parte importante de la doctrina en los últimos años, obedece, en cierto modo, a un intento de explicar ciertos rasgos de estos, como la independencia en el ejercicio de sus potestades de revisión. Ciertamente, se trata de rasgos que los alejan de los órganos administrativos al uso, que son los órganos activos o de gestión, y los acercan a los órganos judiciales. Pero, según pensamos, esto no es diferente de lo que ya ocurre con otros órganos administrativos de control, sin que por ello hayan tenido que ser calificados de órganos cuasijurisdiccionales. Puestos a tener que pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los tribunales administrativos de recursos contractuales, no somos partidarios de estas fórmulas intermedias; o son órganos administrativos o son órganos judiciales⁶⁰. Y nosotros nos quedamos con lo primero, sosteniendo la naturaleza administrativa de estos órganos.

6. Bibliografía

Agudo González, J. (2018). *La función administrativa de control: una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.

59. Téngase en cuenta, además, que nos encontramos ante un supuesto excepcional, cual es el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por un tribunal administrativo de recursos contractuales. Tan es así que el estudio empírico sobre los tribunales administrativos de recursos contractuales en España, realizado en el marco del proyecto de I+D+i, en cuyo seno se escribe este trabajo: "Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales" (PID2019-106255GB-I00), en colaboración con la Fundación Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, no ha aportado supuestos nuevos. En las encuestas realizadas en este estudio se incluía una pregunta acerca de si el tribunal había planteado alguna vez alguna cuestión prejudicial al TJUE (pregunta K.1). Como acabamos de decir, las respuestas obtenidas no han arrojado casos nuevos, más allá de los ya conocidos y citados en este trabajo: el de la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme*, relativo al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, y el de la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, *Montte, S.L. / Musikene*, relativo al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

60. De la misma opinión es Santamaría Pastor (2015: 46), quien se queda con la naturaleza jurídico-administrativa de estos órganos.

- Bernal Blay, M. Á. (2011). Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas. *Cuadernos de Derecho Local*, 26, 7-26.
- Díez Sastre, S. (2012a). El recurso especial en materia de contratación pública. *Anuario de Derecho Municipal* 2011, 5, 127-162.
- (2012b). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Gamero Casado, E. (2015). *Desafíos del derecho administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Comares.
- (2021). Delimitación conceptual de la potestad administrativa. En E. Gamero Casado (dir.). *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (pp. 50-152). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S. (2023). *Manual Básico de Derecho Administrativo* (vigésima edición). Madrid: Tecnos.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo I* (vigésima edición). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (2010). Notas sobre el Recurso Especial y su finalidad y las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: su doctrina. *Documentación Administrativa*, 288, 161-182.
- (2016). *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 mejoras)*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- (2018). Reflexiones sobre la planta del sistema de los tribunales administrativos de resolución del recurso especial desde la perspectiva de efecto útil de las previsiones europeas de control eficaz y el modelo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Hacia un modelo independiente y profesionalizado. En M. Vaquer Caballería, Á. M. Moreno Molina y A. Descalzo González (coords.). *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (pp. 1775-1790). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hernández Salguero, E. (2013). El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 28, 79-120.
- Hernández González, F. L. (2016). Sobre la controvertida naturaleza “jurisdiccional” de los tribunales administrativos de recursos contractuales. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate* (pp. 499-510). Madrid: AEPDA - INAP.

- Lazo Vitoria, X. (2008). *El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Marabel Matos, J. J. (2017). El carácter cuasijurisdiccional del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura. Una aproximación desde la jurisprudencia comunitaria. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 33, 1-18.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L. y Barona Vilar, S. (2019). *Derecho jurisdiccional I. Parte General* (27.^a edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mora Ruiz, M. (2018). *El control de la contratación pública local: construcción sistemática. Análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Moreno Catena, V. (dir.). (2008). *Manual de organización judicial* (3.^a edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2021). *Introducción al Derecho Procesal* (11.^a edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navarro González, R. (2021). La atribución de las potestades administrativas. En E. Gamero Casado (dir.). *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (pp. 231-276). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pallarès Serrano, A. (2023). Análisis sobre la situación actual de los recursos administrativos: algunas propuestas de cambio. *Revista Vasca de Administración Pública*, 125, 307-347.
- Razquin Lizarraga, M. M.^a (2018). Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *Revista Vasca de Administración Pública*, 110-I, 195-227.
- Sánchez Morón, M. (2021). *Derecho Administrativo. Parte General* (decimo-séptima edición). Madrid: Tecnos.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2018a). *Principios de Derecho Administrativo General I* (quinta edición). Madrid: lustel.
 - (2018b). *Principios de Derecho Administrativo General II* (quinta edición). Madrid: lustel.
- Santiago Fernández, M.^a J. (2018). Recurso especial en materia de contratación. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público* (tomo I, pp. 835-896). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valcárcel Fernández, P. (2016). El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate* (pp. 303-368). Madrid: AEPDA - INAP.

- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 18, 119-136.
- Villanueva Turnes, A. (2020). Las claves del Tribunal Administrativo de Contratación Pública Gallego. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 55, 416-456.

CAPÍTULO III

La independencia funcional de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Marc Vilalta Reixach

*Profesor agregado de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona*

SUMARIO. 1. Introducción: delimitación del objeto de estudio. 2. Los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos independientes: la influencia del derecho de la Unión Europea. 3. Análisis de las garantías de independencia de los tribunales administrativos de recursos contractuales. 3.1. La forma de designación de sus miembros. 3.2. La secretaría de los tribunales administrativos de recursos contractuales. 3.3. La duración del mandato y su revocabilidad. 3.4. La apariencia de independencia. 3.4.1. *La composición de los tribunales administrativos de recursos contractuales. En particular, la problemática del ámbito local.* 3.4.2. *La acumulación de funciones en un mismo órgano.* 3.4.3. *El debate sobre los medios económicos y personales a disposición de los tribunales administrativos de recursos contractuales.* 3.5. La coordinación entre los tribunales administrativos de recursos contractuales. 4. **A modo de conclusión.** 5. **Bibliografía.**

1. Introducción: delimitación del objeto de estudio

La contratación pública juega hoy en día un papel muy relevante en nuestro ordenamiento jurídico. No solo porque constituye la principal vía a través de la cual nuestras Administraciones públicas se proveen de las obras, bienes y servicios que precisan para el cumplimiento de sus funciones, sino también porque, como señala la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), se configura como un importante instrumento de gestión de políticas públicas (ya sea en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, etc.).

Es por ello que, como se ocupa de recordarnos la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), el establecimiento de mecanismos de control efectivos sobre los procedimientos de adjudicación resulta imprescindible para asegurar tanto la eficacia de dichas políticas públicas como el correcto cumplimiento de la normativa sobre contratación (OIReScon, 2022: 21-22).

Sin embargo, siguiendo la temática de esta obra colectiva, nuestro trabajo no pretende examinar todos los instrumentos de control —ya sean *ante* o *ex post*— de la contratación pública previstos en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se centra solamente en el sistema de recursos administrativos regulado en la vigente LCSP y, más concretamente, en el denominado recurso especial en materia de contratación pública.

Este recurso especial se nos presenta como una de las piezas centrales de todo el sistema de garantías previsto por la Ley¹. Así, se configura legalmente como un procedimiento potestativo de revisión de determinados actos administrativos contractuales por razones de legalidad, que se tramita y resuelve por determinados órganos especializados de la propia Administración (arts. 44-46 LCSP).

En efecto, más allá de otras características procedimentales del mencionado recurso especial igualmente destacables², una de las principales singularidades de este procedimiento —y que lo diferencia claramente de los recursos administrativos ordinarios— es que, de acuerdo con los arts. 45 y 46 de la LCSP, su tramitación y resolución se asigna a órganos administrativos creados *ad hoc*, especializados en materia de contratación pública; los denominados genéricamente tribunales administrativos de recursos contractuales (que abreviaremos como TARC).

Ahora bien, la especialización y calificación técnica no son los únicos elementos que definen normativamente a estos órganos, sino que, de acuerdo con la LCSP, la eficacia del recurso especial descansa también, y sobre todo,

1. En este sentido, por ejemplo, se ha afirmado que el recurso especial en materia de contratación ha supuesto un auténtico cambio de escenario en la forma de control de los contratos públicos (Bernal Blay, 2016: 365); o, en términos similares, que su introducción y puesta en práctica puede ser calificada de relevante, tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica (Gimeno Feliu, 2016: 137).

2. Por ejemplo, podemos mencionar el carácter suspensivo automático que tiene su interposición cuando aquello que se impugna es el acto de adjudicación del contrato (art. 53 LCSP), o el carácter amplio con que se regula la legitimación activa para la interposición del recurso (art. 48 LCSP).

en la configuración de los TARC como órganos *independientes* de la Administración (y, lógicamente, también de los posibles licitadores interesados).

Así lo establece, por ejemplo, el art. 45.1 de la LCSP, que crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC). A pesar de que este órgano está adscrito formalmente al Ministerio de Hacienda y Función Pública, se prevé que deberá actuar “con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias”. Y, como iremos viendo, estas mismas exigencias de independencia se hacen extensivas a los tribunales administrativos de recursos contractuales que puedan crear las comunidades autónomas y determinadas entidades locales en sus respectivos territorios (ex art. 46 LCSP)³.

En nuestra opinión, aunque con toda seguridad el término “independencia” que utiliza la LCSP no es el más preciso —por cuanto cuando hablamos de los TARC nos referimos generalmente a órganos administrativos, que se insertan formalmente en la estructura de la Administración (Toscano Gil, 2022: 33-34)—, sí que pretende destacarse un aspecto fundamental de su régimen jurídico. Y es que, atendiendo a las importantes funciones de control que se les atribuyen, la LCSP ha optado por reconocer a los TARC una mayor autonomía y capacidad decisoria frente a la Administración. En caso contrario, como se ha afirmado, el recurso se convertiría en un mero trámite de confirmación del acto administrativo-contractual que se impugna, muy lejos de constituir una verdadera garantía para la objetividad del procedimiento (Pardo García-Valdecasas, 2010: 25).

Es por ello que, partiendo del especial valor que la independencia funcional juega en la definición legal de los TARC (ex art. 45-46 LCSP), dedicaremos este trabajo, en primer lugar, a analizar qué debemos entender como tal. A partir de aquí, pasaremos seguidamente a examinar cuáles son las garantías concretas que existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico para asegurar dicha independencia⁴.

3. Por su parte, la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP prevé también la posibilidad de que los órganos competentes de las Cortes Generales puedan crear un órgano específico para la resolución de los recursos en materia de contratación que puedan plantearse en el ejercicio de sus funciones y que, en todo caso, deberá respetar las garantías de independencia, cualificación e inamovilidad previstas en el art. 45 LCSP.

4. Como podrá comprobarse, algunas de las ideas que se exponen a continuación fueron ya objeto de atención en el estudio publicado hace unos meses (Vilalta Reixach, 2022). Sin embargo, como se explica en el capítulo I de esta obra, ahora podemos complementar ese estudio teórico inicial con los datos empíricos obtenidos a través de cuestionarios remitidos a los diferentes TARC.

2. Los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos independientes: la influencia del derecho de la Unión Europea

Para iniciar nuestra exposición sobre la independencia funcional de los TARC debemos referirnos, en primer lugar, al derecho europeo, por cuanto la regulación española sobre contratación pública —y en este punto el recurso especial en materia de contratación no es una excepción— se halla directamente condicionada por la normativa y la jurisprudencia europea en esta materia.

A tal efecto, podemos decir que la preocupación del legislador europeo por generalizar un sistema de recursos rápido y eficaz en materia de contratación pública arranca con la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras (en adelante, DRec). Esta norma jurídica imponía a los Estados miembros la obligación de prever un procedimiento específico de impugnación, de carácter nacional, con el objetivo de prevenir y reparar los posibles incumplimientos de la normativa en materia de contratación pública, especialmente con carácter previo a su ejecución, esto es, en un momento en que dichas irregularidades aún pudieran ser subsanadas.

Entre otras muchas cuestiones, la DRec se refería expresamente al órgano encargado de resolver dichos recursos, previendo la posibilidad de que esta tarea pudiera encomendarse bien a un órgano jurisdiccional, bien a otro órgano que no tuviera dicha naturaleza (art. 2.9 DRec)⁵. Por lo tanto, la Directiva no optaba por un único modelo organizativo, sino que, por el contrario, abría la puerta a que los diferentes Estados pudieran atribuir la resolución del procedimiento tanto a los tribunales de justicia como a otros órganos de carácter administrativo, que no formaran parte del poder judicial —tal y como ha sucedido en España con los TARC—.

Ahora bien, en este último supuesto, aunque la terminología utilizada es ciertamente equívoca (Santamaría Pastor, 2015: 42-43; Bernal Blay, 2011: 11-12), la Directiva se ocupaba también de fijar algunos de los requisitos que debían cumplir los hipotéticos órganos administrativos nacionales de resolución de recursos contractuales que pudieran crearse. Y lo hacía desde una línea claramente restrictiva (Díez Sastre, 2012: 139), no solo exigiendo que dichos órganos administrativos fueran independientes respec-

5. En este punto, véase también la STJUE de 4 de febrero de 1999, as. C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH*, que vino a confirmar dicha interpretación.

to del poder adjudicador y de cualquier otro órgano que interviniera en el procedimiento de contratación (art. 2.9 DRec), sino también regulando directamente algunos aspectos relacionados con su organización y funcionamiento:

“El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán [...], efectos jurídicos vinculantes” (art. 2.9, *in fine*, DRec).

Como puede observarse, la DRec pretendía asegurar la existencia a nivel interno de un órgano de control jurídico —ya fuera este de naturaleza judicial o no— que ejerciera sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido jerárquicamente ni a la Administración contratante, ni, por supuesto, a los licitadores interesados.

En este sentido, aunque la precisión conceptual no siempre resulta sencilla, podemos entender que la independencia de los TARC se expresa en una doble dimensión. Por un lado, en una dimensión *externa*, que pretende proteger a estos órganos de cualquier presión o injerencia que pudiera afectar el juicio personal de sus miembros en los diferentes procedimientos en los que intervienen. Pero también incluye una dimensión *interna*, que se conecta directamente con la idea de imparcialidad, en la medida en que supone necesariamente que aquellos que ejercen una función “jurisdiccional” no tengan tampoco relación o interés alguno con las partes.

Se utiliza, por lo tanto, un concepto muy amplio de *independencia*, que no se construye únicamente sobre la base de criterios formales —como podría ser el tipo de órgano, judicial o no, al que se atribuye la resolución del recurso—, sino que, sobre todo, toma en consideración otros criterios funcionales, de carácter eminentemente organizativo (como, por ejemplo, los referidos al nombramiento de sus miembros, la duración del mandato o su revocabilidad).

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se ha referido a estos criterios funcionales a la hora de enjuiciar la adecuación de algunos de los órganos administrativos de resolución de los recursos contrac-

tuales creados por los diferentes Estados miembros al derecho europeo⁶. Una buena muestra de ello la encontramos en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, en la que el TJUE, a la hora de analizar la independencia del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, considera que, más allá de la tipología de órgano encargado de resolver el recurso, lo relevante es que este pueda configurarse como un tercero respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida y que pueda ejercer sus funciones: “sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno [...] y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno [...]” (FJ 19)⁷.

En nuestra opinión, nos interesa destacar esta conceptualización europea del órgano encargado de la resolución del recurso especial en materia de contratación por cuanto es la que, posteriormente, se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno. Así, descartada la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución de dicho recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa, el legislador español optó por la creación de órganos administrativos específicos, los TARC, cuya característica principal será su independencia en el ejercicio de sus competencias.

En este sentido, podemos citar nuevamente el art. 45.1 de la LCSP, que define legalmente al TACRC como un “órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias”. Independencia que, además, se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros, que solo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente previstas (art. 45.4 LCSP).

Por lo que se refiere a los TARC que pueden crear las comunidades autónomas y determinadas entidades locales, aunque es cierto que la legislación básica estatal se expresa de un modo más amplio, la LCSP les exige

6. En este punto, debemos señalar que el TJUE se ha ocupado de estas cuestiones normalmente de manera incidental, al analizar la posible consideración de los TARC como un órgano jurisdiccional a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Y es que la naturaleza jurisdiccional de los órganos legitimados para plantear una cuestión prejudicial exige el cumplimiento acumulativo de los siguientes requisitos: en primer lugar, que se trate de órganos que tengan un origen legal; en segundo lugar, que tengan carácter permanente, en el sentido de que no se hayan constituido *ad hoc* para conocer de un asunto concreto; que su jurisdicción resulte obligatoria y sus decisiones vinculantes; que sean órganos que actúen a través de un procedimiento contradictorio, en aplicación de normas jurídicas; y, por último, que sean independientes. Podemos citar, entre otras, la STJUE de 17 de septiembre de 1997, as. C-54/96, *Dorsch Consult*, o la STJUE de 31 de mayo de 2005, as. C-53/03, *Syfait*.

7. En el mismo sentido, véanse la STJUE de 17 de septiembre de 1997, as. C-54/96, *Dorsch Consult* (FJ 34), o la STJUE de 14 de junio de 2007, as. 246/05, *Armin Häupl* (FJ 18).

también, en todo caso, que se trate de órganos independientes; añadiéndose lo siguiente:

“El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad” (art. 46.1 LCSP).

Por lo tanto, tal y como sucedía con la normativa europea, la LCSP no solo se limita a exigir, con carácter general, que los TARC se configuren como órganos independientes. Por el contrario, parece identificar una serie de elementos estructurales y organizativos de los TARC (como la duración del mandato de sus miembros o el régimen de revocabilidad de su nombramiento), a través de los cuales asegurar dicha independencia.

Ahora bien, ¿cómo se han desarrollado y concretado estas garantías en los diferentes TARC existentes en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Realmente, las garantías previstas resultan suficientes para asegurar la independencia funcional de los TARC en el ejercicio de sus funciones? El planteamiento de estas preguntas nos lleva, necesariamente, a examinar la regulación concreta de los diferentes TARC para ver cómo han incorporado y aplicado dichas garantías⁸.

3. Análisis de las garantías de independencia de los tribunales administrativos de recursos contractuales

La primera idea que debemos destacar a la hora de aproximarnos a todas estas cuestiones es que, como puede imaginarse, son muchos los elementos que podríamos tomar en consideración para valorar la independencia funcional de los TARC. Sin embargo, tal y como apuntábamos en el apartado anterior, tanto la DRec como la LCSP parecen hacer depender esta cualidad de la existencia de garantías de carácter estructural u organizativo, dirigidas a asegurar la inexistencia de vínculos de jerarquía o sumisión entre dichos órganos, la Administración y las partes contratantes.

Es por ello, seguramente, que uno de los primeros elementos que ha sido objeto de crítica ha sido el hecho de que la gran mayoría de los TARC se

8. Sin embargo, en este punto debemos hacer una matización inicial, y es que quedarán fuera de nuestro estudio los tribunales de recursos contractuales que, de acuerdo con la citada disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP, puedan crear los órganos competentes de las Cortes Generales. Como se estudia detalladamente en el capítulo IV de esta obra, relativo a la planta de los TARC, la singularidad y la peculiar composición de estos órganos de control contractual en el ámbito parlamentario justifican su exclusión de nuestro análisis general.

configuren como simples órganos administrativos, sin personalidad jurídica propia, adscritos a una Administración pública⁹. Sin embargo, este elemento no parece haber suscitado mayor controversia. Aunque es cierto que la opción por un determinado modelo organizativo puede condicionar, posteriormente, el ejercicio de sus funciones, también lo es que, como se ha apuntado por la doctrina, la mera adscripción formal a una determinada Administración no supone, por sí sola, una vinculación jerárquica (Santamaría Pastor, 2015: 55)¹⁰.

De todas formas, debemos añadir que, a diferencia de lo que podría pensarse a primera vista, tampoco todos los TARC se han configurado como órganos administrativos adscritos a una Administración territorial. Por el contrario, encontramos algún supuesto que se aparta de dicho modelo y opta por atribuir la competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a órganos consultivos ya existentes, que sí gozan de personalidad jurídica propia¹¹.

Nos referimos, principalmente, a la Comunidad Autónoma de Extremadura, que ha atribuido la resolución del recurso especial en materia de contratación a su Comisión Jurídica Asesora¹². Pero también al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, el cual, aunque se configura como una unidad funcional diferenciada, se integra en el Consejo Consultivo de dicha Comunidad Autónoma¹³.

En nuestra opinión, en estos supuestos, aunque el reconocimiento de personalidad jurídica propia al órgano encargado de resolver el recurso especial en materia de contratación puede ser un elemento que permita dotar a dicha entidad de mayor autonomía funcional, lo cierto es que también

9. Sin ir más lejos, podemos recordar el art. 45.1 LCSP, que adscribe el TACRC al Ministerio de Hacienda y Función Pública, o el art. 35**bis**.1 de la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, que define al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia como un órgano administrativo colegiado y especializado, adscrito a la consejería competente en materia de hacienda.

10. Asimismo, se ha afirmado que la utilización del término “adscrito” (previsto, por ejemplo, en el art. 45.1 LCSP para el TACRC, así como en otras muchas normas autonómicas), y no “integrado”, responde, precisamente, a la intención del legislador de poner de manifiesto la plena independencia de los TARC (Pardo García-Valdecasas, 2010: 22).

11. Aunque las razones de esta concreta decisión organizativa pueden ser muy diversas, se afirma que esta obedece, principalmente, a razones de eficacia y contención del gasto público (Laguna de Paz, 2010: 188; Jover Lorente *et al.*, 2015: 111-112).

12. Véase el ap. 6 de la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

13. Véase el art. 58 de la Ley castellanoleonésa 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

plantea otras dudas. Muy especialmente por el hecho de que la función resolutoria de los recursos contractuales parece encajar mal con las funciones consultivas que ya se venían atribuyendo al Consejo Consultivo castellano-leonés o a la Comisión Jurídica Asesora extremeña. Más adelante, en el ap. 3.4, volveremos sobre estas cuestiones.

En definitiva, como venimos apuntando, más allá de su posición institucional, lo que nos interesa analizar es el régimen jurídico concreto de los diferentes TARC, para evaluar si estos pueden configurarse realmente como un verdadero órgano de control jurídico, en vía de recurso, de la actividad contractual de la Administración, capaz de asegurar la adecuada tutela de los derechos de los licitadores afectados sin someterse a otros criterios e intereses distintos a los previstos expresamente en la Ley.

En este sentido, partiendo de los requisitos mínimos fijados por la DRec y la LCSP, en las páginas que siguen a continuación centraremos nuestra atención en los elementos siguientes: en primer lugar, en la forma de designación de sus miembros; en segundo lugar, en la duración de su mandato y su revocabilidad; y, finalmente, haremos también referencia a lo que podríamos denominar la *apariencia de independencia*.

3.1. La forma de designación de sus miembros

Uno de los elementos que, tradicionalmente, se utilizan para valorar la independencia de determinadas autoridades u órganos administrativos se centra en la regulación de la forma y requisitos para su designación. Con ello se pretende asegurar tanto la objetividad de su nombramiento como la profesionalización de los designados.

En el caso de los TARC, con independencia de que estos se configuren como órganos colegiados o unipersonales¹⁴, el hecho de que la designación de sus miembros corresponda a la Administración de adscripción —ya sea estatal, autonómica o local— podría llevarnos a cuestionar el cumplimiento del requisito de la independencia. Más si tenemos en cuenta que, de acuerdo con el citado art. 2.9 de la DRec, el nombramiento de los órganos nacio-

14. Actualmente, la gran mayoría de los TARC se han configurado como órganos colegiados, formados por entre 3 y 6 miembros. De todas formas, podemos encontrar excepciones, como el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (regulado por el Decreto 10/2015, de 12 de febrero), o el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (creado por la Ley 5/2010, de 23 de diciembre), que se configuran como órganos administrativos de carácter unipersonal.

nales de recurso debería estar “sujeto a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento”.

Sin embargo, en nuestra opinión, este cuestionamiento resulta más aparente que real. En primer lugar, porque, como acertadamente sostenía Santamaría Pastor, no parece razonable entender que la DRec haya pretendido imponer a los miembros de un órgano administrativo un estatus absolutamente *idéntico* al de los jueces y magistrados, sino que, por el contrario, parece más lógico entender que su intención era exigir un estatus similar, en el sentido de funcionalmente equiparable (Santamaría Pastor, 2015: 44).

En este sentido, creemos que el hecho de que sea la Administración quien nombre a dichas personas no es, en sí mismo, un factor determinante para entender vulnerada la independencia de los diferentes TARC, por cuanto dicho nombramiento no supone necesariamente crear una situación de dependencia respecto del poder ejecutivo.

De hecho, así ha parecido entenderlo también el TJUE cuando, en la citada STJUE de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, al examinar el criterio de la independencia del Tribunal Catalán de Contratos, no pone ninguna objeción en su composición o en la forma de designación de sus miembros. Nuevamente, a juicio del TJUE, lo relevante es la capacidad de dicho órgano administrativo de ejercer “sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno” (FJ 19)¹⁵.

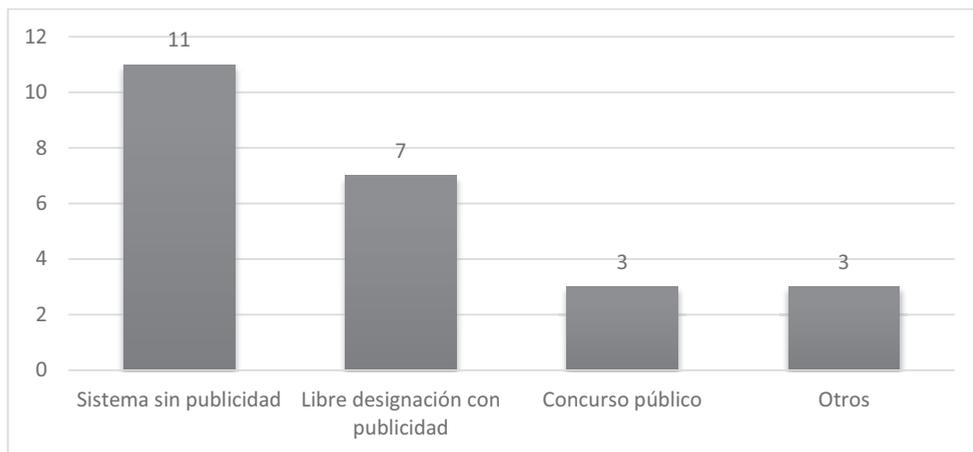
Por lo tanto, siguiendo este mismo razonamiento, entendemos que el elemento esencial para preservar la independencia de los TARC no es tanto la forma de designación de sus miembros, sino la posible existencia de instrucciones a dichos miembros, que les pudiera condicionar en el ejercicio de sus competencias.

15. En el mismo sentido, pueden verse las conclusiones presentadas por el Abogado General, Sr. D. Antonio Saggio, al asunto C-103/97, *Josef Kollensperger GmbH*, en fecha 24 de septiembre de 1998, en las que se afirma que, a pesar de que el órgano encargado de resolver los recursos en materia de contratos públicos en la Región austríaca del Tirol estaba formado por miembros designados por la Administración regional, ello “[...] no es por sí solo determinante para prejuzgar su libertad de juicio, que debe estar garantizada por el conjunto de las normas que regulan el funcionamiento del órgano” (ap. 24). En este caso, aunque la posterior STJUE de 4 de febrero de 1999 al asunto C-103/97 no entró a examinar este punto, dicha Sentencia sí que confirmó el carácter de órgano jurisdiccional —y, por lo tanto, su independencia— del órgano tirolés de resolución de recursos contractuales. En términos similares, aunque fuera del ámbito contractual, podemos citar, entre muchas otras, la STJUE de 20 de abril de 2021, asunto C-896/19, *Reppublika* (Ap. 56).

De todas formas, sin perjuicio de lo anterior, creemos que, en algunos casos, el sistema de provisión de plazas de los miembros de los diferentes órganos de recursos contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico sí que merece algún comentario crítico. Y es que, de los datos obtenidos en nuestra investigación (véase Gráfico 1), se desprende que el sistema de selección de los miembros de los TARC utilizado, de manera muy mayoritaria, ha sido un sistema de libre designación (incluso sin publicidad). Y, en mucha menor medida, el concurso de méritos.

Es más, en algunas comunidades autónomas se restringen las personas que pueden optar a dicho nombramiento, por cuanto solamente pueden ser designados como miembros de los TARC funcionarios que hayan desempeñado su actividad profesional en alguna de las Administraciones públicas del ámbito territorial de actuación del respectivo TARC¹⁶. Lo que implica necesariamente excluir que puedan presentarse a dichos puestos de trabajo los funcionarios del resto de Administraciones públicas (Ríos Marín, 2023: 95).

Gráfico 1. Sistema de selección de los miembros actuales del TARC [n=24]



Fuente: elaboración propia.

Lógicamente, desde el punto de vista de la independencia de los TARC, esto debe valorarse negativamente, por cuanto no asegura que el nombramiento se haga sobre la base de la especialización y calificación de sus

16. En este sentido se expresa, por ejemplo, el art. 121.2 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que prevé que los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra deben ser "funcionarios en activo de la Administración de la Comunidad Foral, de las entidades locales de Navarra o de otras entidades sometidas a esta ley foral".

miembros, sino que abre la puerta a que se puedan tomar en consideración también criterios de afinidad. En otras palabras, como se ha puesto de relieve (Valcárcel Fernández, 2023: 114-116), prescindir de un procedimiento concurrencial implica reconocer que los principios de mérito y capacidad todavía no se respetan con la suficiente intensidad a la hora de cubrir los puestos de los órganos de recursos especiales en materia de contratación.

Es cierto que, en algunas pocas ocasiones, es posible encontrar previsiones legales dirigidas a limitar el margen de decisión de los correspondientes Gobiernos en lo que al nombramiento de los miembros de los TARC se refiere. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, que prevé una mínima participación parlamentaria en el nombramiento de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón¹⁷. De manera que, aunque sea de forma muy tímida, este trámite permitiría al órgano parlamentario poder valorar, con carácter previo a su nombramiento, la adecuación de los miembros del Tribunal aragonés.

Sin embargo, entendemos que lo más oportuno, en atención al carácter técnico de las funciones que desarrollan, consistiría en convocar un concurso de méritos al que pudieran presentarse quienes cumplan los requisitos exigibles, y dejar que una comisión resolviese sobre la base de los méritos alegados por los aspirantes, aplicando un baremo previamente definido (Valcárcel Fernández, 2023: 114-116). De esta manera, podría reducirse un poco más el margen de discrecionalidad de la Administración en cuanto a dicho procedimiento, puesto que este se sujeta previamente a un procedimiento competitivo, en el que deberán valorarse las cualidades profesionales de los diferentes candidatos sobre la base de los principios generales antes mencionados.

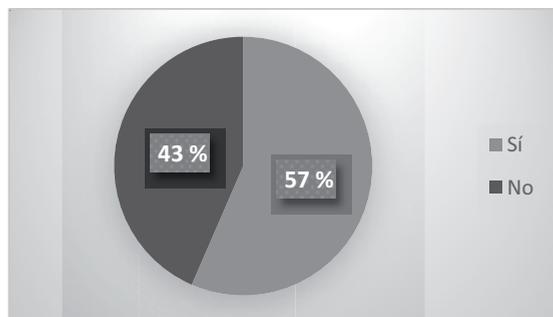
3.2. La secretaría de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Siguiendo con la composición de los TARC, debemos señalar también que, en algunos casos, la normativa autonómica ha previsto que los miembros del TARC estarán asistidos por un/a secretario/a, que no tiene la condición de miembro de este órgano y que debe ser nombrado también por la Admi-

17. En concreto, el art. 119.2 de la mencionada Ley aragonesa 11/2023, de 30 de marzo, prevé que el nombramiento de dichos cargos se realizará "por decreto del Gobierno de Aragón, previa información a las Cortes de Aragón [...]".

nistración autonómica¹⁸. De hecho, de los datos que hemos podido obtener con nuestra investigación, la creación de estos puestos de secretaría se ha producido en la mayoría (57 %) de los TARC existentes hoy en día.

Gráfico 2. Existencia del puesto de secretaría [n=23]



Fuente: elaboración propia.

En nuestra opinión, la existencia de un puesto de secretaría en los TARC no tiene por qué poner en cuestión la independencia de dichos órganos, por cuanto se otorgan al/a la secretario/a funciones meramente administrativas, y, en su caso, solamente se le permite participar con voz, pero sin voto, en las sesiones del TARC¹⁹.

Por lo tanto, nos encontraríamos ante un órgano de asistencia o auxilio administrativo a las tareas que desempeñan los TARC, pero que no participa directamente de la función resolutoria de los recursos especiales en materia de contratación que se atribuye a dichos órganos.

Ahora bien, sin negar las anteriores consideraciones, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña núm. 9/2013, de 26 de julio, al analizar la composición y las características de los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública de las entidades locales, ha puesto el acento en las condiciones personales que debería cumplir dicho/a secretario/a.

18. Es el caso, por ejemplo, del art. 4 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, o del art. 5.5 del Decreto catalán 221/2013, de 3 de septiembre. Por el contrario, en otros casos se prevé que la función de secretaría recaerá en uno de los vocales del TARC, como ocurre con el art. 125.1 de la Ley aragonesa 11/2023, de 30 de marzo.

19. A tal efecto, entre otros, el art. 7 del Decreto andaluz 332/2011, de 2 de noviembre, atribuye al Secretario del TARC de la Junta de Andalucía, entre otras, las tareas de efectuar las convocatorias de las sesiones, coordinar al personal adscrito al Tribunal Administrativo en la tramitación de los procedimientos, o custodiar la documentación del Tribunal Administrativo.

En concreto, la Junta Consultiva catalana considera que no podrían actuar como secretarios/as del órgano de recurso funcionarios que hayan tenido algún tipo de intervención en la gestión del procedimiento de contratación. Y es que, a pesar de que dicho/a secretario/a tenga voz, pero no voto, en la medida en que puede tener participación en las decisiones del órgano de resolución de recursos, podría influir en la toma de decisiones, a pesar de no adoptarlas directamente. Posteriormente, volveremos sobre estas cuestiones.

3.3. La duración del mandato y su revocabilidad

Más allá de la forma de designación de sus miembros, existe acuerdo también en reconocer la importancia que, para asegurar la independencia de los TARC, pueden jugar las medidas relativas a la duración del mandato de sus miembros, la posibilidad de renovación y, sobre todo, las causas por las que pueden cesar en sus funciones.

En este sentido, podemos afirmar que, normalmente, los miembros de los diferentes TARC son nombrados por un período temporal limitado. En general, la duración de dicho mandato se sitúa entre los 5 y 6 años. De esta manera, se intenta que el mandato de los miembros de los TARC no coincida exactamente con el período de legislatura de los Gobiernos que los han nombrado. Sin embargo, debemos mencionar también que, en algunos supuestos puntuales (como ocurre, por ejemplo, en el caso del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Torremolinos)²⁰, la normativa reguladora de los TARC no fija, de forma expresa, ninguna duración del mandato de sus miembros. Por lo que debería entenderse que, en este caso, el nombramiento es indefinido.

Y, por lo que se refiere a su renovación, podemos afirmar que, en la gran mayoría de supuestos, la normativa reguladora de los TARC permite renovar el mandato de sus miembros, por uno o varios períodos sucesivos de la misma duración que el mandato inicial²¹. De hecho, de los datos que hemos

20. Véase el Decreto del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Torremolinos, de 22 de febrero de 2013, de creación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Torremolinos.

21. Por ejemplo, se prevé un mandato de 5 años, renovables por el mismo período, para los miembros del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (art. 7 Decreto 221/2013, de 3 de septiembre). En cambio, para los miembros del TACRC, el art. 45.5 LCSP establece un mandato de 6 años no renovable; lo mismo que para el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (art. 3.4 Ley 9/2010, de 23 de diciembre).

podido obtener, se observa cómo, desde la creación de los diferentes TARC, un 53 % de ellos ha renovado uno o más de sus miembros.

De todas formas, mayores dudas pueden plantearse en aquellos supuestos —como ocurre con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias²² o el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi²³— que parecen permitir la renovación de sus miembros con carácter indefinido. Y es que, en estos casos, la posibilidad de renovar indefinidamente el mandato puede llegar a convertirse en un instrumento de influencia del órgano que ostenta la potestad de nombramiento, respecto de los titulares de los TARC.

En cualquier caso, salvo en los supuestos anteriores, creemos que, con carácter general, la duración del mandato de los miembros de los TARC no presenta elementos suficientes que nos permitan cuestionar su consideración como un órgano independiente. Aunque es cierto que dichos miembros son designados por un período temporal limitado, el mandato de 5 o 6 años previsto en la mayoría de normas reguladoras es suficiente para asegurar un marco estable de permanencia, que haga posible la continuidad de las funciones resolutorias que se les atribuyen²⁴.

Debe tenerse en cuenta, además, que, sin negar su importancia, la permanencia indefinida en el cargo tampoco parece ser un atributo inexcusable de todos los órganos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, en alguna ocasión el propio TJUE ha afirmado la posibilidad de que el mandato de los titulares de los órganos jurisdiccionales pueda ser limitado temporalmente²⁵. Y, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al enjuiciar la aplicación del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) —que regula el derecho de toda persona “a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley [...]—, también se ha referido a la duración limitada del mandato judicial.

22. Véase el art. 4.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

23. Véase la disposición adicional octava, ap. 9.b), de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011.

24. En el mismo sentido se expresa Santamaría Pastor, si bien este autor considera que la opción de la LCSP y de algunas otras normas autonómicas (como el mencionado caso de Madrid) de limitar el mandato únicamente a 6 años, sin posibilidad de prórroga, puede resultar sensiblemente corta. Santamaría Pastor (2015: 62).

25. Véase, por ejemplo, la STJUE de 9 de octubre de 2014, as. C-222/13, *TDC A/S* (FJ 33), o la STJUE de 21 de enero de 2020, as. C-274/14, *Banco de Santander, S.A.* (FJ 59).

En este sentido, si bien en un primer momento —por ejemplo, en la Sentencia *Ringeisen vs Austria*, de 16 de julio de 1971— el TEDH utilizaba como criterio de enjuiciamiento la existencia de un mandato no inferior a 5 años, posteriormente podemos encontrar casos en que se ha considerado adecuado, a efectos del CEDH, el reconocimiento a los miembros de órganos jurisdiccionales de un mandato de 4 años²⁶ —e incluso, excepcionalmente, más breve, cuando haya motivos que lo justifiquen—²⁷.

Es por ello que, más allá de la duración del mandato, a efectos de evitar injerencias del poder ejecutivo en el ejercicio de sus funciones, resulta más relevante centrar la atención en las garantías que se prevén para asegurar la continuidad de los miembros de los diferentes TARC en sus cargos, evitando que puedan ser libremente cesados de estos por decisión de la Administración.

De hecho, ha sido el propio TJUE quien ha puesto el acento en este elemento, destacando que la inamovilidad se configura como una característica inherente a los órganos que ejercen una función jurisdiccional²⁸ (como ocurre con los TARC). Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia de 21 de enero de 2020, as. C-274/14, *Banco Santander*, en la que, precisamente, se examinaba si nuestro Tribunal Económico-Administrativo Central (y el resto de tribunales económico-administrativos españoles) podía configurarse como un órgano jurisdiccional, a efectos del art. 267 del TFUE.

En este caso, modificando el criterio expresado anteriormente en la STJUE de 21 de marzo de 2000, as. C-110/98, *Gabalfrisa*, el TJUE viene a negar dicho reconocimiento, entendiendo que los tribunales económico-administrativos españoles no pueden considerarse como un órgano independiente. Y es que, a pesar de que la legislación tributaria prevea expresamente que sus miembros ejercen sus competencias con independencia funcional, con total independencia y bajo su responsabilidad, “[...] no es menos cierto que la separación de sus puestos o la anulación de sus nombramientos no se ven acompañadas de garantías especiales”. De aquí que se añada que “un sistema de esta índole no tiene entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros de los TEA” (FJ 69).

26. Podemos citar, por ejemplo, la STEDH *Karakoç y otros vs. Turquía*, de 15 de octubre de 2002 (ap. 49), o la STEDH *E.K. vs. Turquía*, de 7 de febrero de 2002 (ap. 92).

27. Véase, entre otras, la STEDH *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984 (ap. 80), o la STEDH *Maktouf y Damjanović c. Bosnia Herzegovina*, de 18 de julio de 2013 (ap. 51).

28. Por ejemplo, podemos mencionar la STJUE de 24 de junio de 2019, as. C-619/18, *Comisión c. Polonia*, en la que se afirma que la inamovilidad es una garantía idónea “para proteger la persona de quienes tienen la misión de juzgar” (ap. 75).

Por lo tanto, aunque para el TJUE la garantía de inamovilidad de los miembros de un órgano jurisdiccional no es un mandato absoluto, sí que exige que los supuestos de cese de los miembros de ese órgano estén previstos en una normativa específica, mediante disposiciones legales expresas que ofrezcan garantías superiores a las previstas por las normas generales del derecho administrativo.

En el caso de los TARC, creemos que también se cumpliría dicha exigencia. No solo porque la garantía de la inamovilidad de sus miembros se impone directamente por la LCSP —tanto para el TACRC (art. 45.4 LCSP) como para los TARC que puedan crearse en el ámbito autonómico y local (art. 46.1 LCSP)—, sino también porque las diferentes normas reguladoras reconocen a los miembros de dichos órganos su independencia e inamovilidad y prevén las causas tasadas por las que, excepcionalmente y previa instrucción del correspondiente procedimiento, podría acordarse la remoción de sus cargos. De esta manera, se impide que el cese o la suspensión de los miembros de los TARC pueda acordarse de forma totalmente libre o injustificada por parte de la Administración²⁹.

Por lo demás, la regulación de las causas por las que se puede proceder a la revocación del mandato de los miembros de este órgano administrativo resulta bastante similar en los diferentes TARC, y parece tomar como referencia las causas previstas en el art. 45.4 de la LCSP para el TACRC. De acuerdo con este precepto:

“[...] Los designados tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes:

- a) Por expiración de su mandato.
- b) Por renuncia aceptada por el Gobierno.
- c) Por pérdida de la nacionalidad española.
- d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
- e) Por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito.
- f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función”.

Esta enumeración coincide, en buena medida, con las causas que, de acuerdo con el art. 379.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Ju-

29. De hecho, la propia STJUE de 21 de enero de 2020, as. C-274/14, *Banco Santander*, así lo afirma cuando se refiere al sistema de nombramiento y cese de los miembros del Tribunal Catalán de Contratos —objeto de la STJUE de 6 de octubre de 2015— como contrapunto al insuficiente sistema de inamovilidad previsto para los tribunales económico-administrativos (FJ 70).

dicial, implican la pérdida de la condición de juez. Por lo que, aun sin llegar a equipararse, nuestro ordenamiento jurídico dota a los TARC de un régimen de garantías específico y cualificado de inamovilidad de sus miembros, dirigido a evitar las posibles injerencias de la Administración.

Por otro lado, como puede observarse, muchas de las causas previstas por la LCSP son de carácter objetivo. De manera que, en estos supuestos, el margen de decisión de la Administración debería ser limitado —es el caso, por ejemplo, de la renuncia, la expiración del mandato, la pérdida de la nacionalidad española o la condena por sentencia firme—.

Por el contrario, puede plantearnos más dudas la causa de cese consistente en el “incumplimiento grave de sus obligaciones” [art. 45.4 d) LCSP], por cuanto se trata de un supuesto aparentemente amplio e indeterminado. De todas formas, las normas reguladoras de los TARC exigen un carácter cualificado a dicha actuación irregular —en la medida en que no es suficiente cualquier simple incumplimiento, sino que este debe ser *grave*—. Teniendo en cuenta, además, que dicha actuación irregular deberá concretarse —y probarse— en el expediente contradictorio que se tramite para su aplicación. En cualquier caso, en aras de su independencia, resulta criticable que no se precise de forma más detallada en qué pueden consistir dichos incumplimientos³⁰.

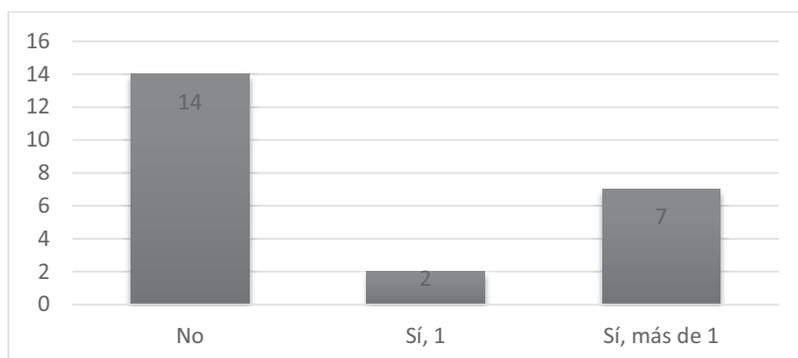
Finalmente, debemos subrayar que, junto a las causas previstas en el art. 45.4 de la LCSP, algunas normas autonómicas han añadido otras causas de cese, no previstas expresamente en la LCSP. Por ejemplo, el art. 4.3.h) del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, prevé que los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias pueden ser cesados por “la pérdida de la condición de funcionario”. Dicho supuesto nos parece razonable, por cuanto la condición de funcionario y el pleno ejercicio de sus funciones son requisitos, *sine qua non*, para poder acceder al cargo.

Más allá del análisis teórico de dichas causas de cese, los datos obtenidos en nuestra investigación nos permiten afirmar que dichas garantías de inamovilidad parecen respetarse. Y es que, salvo lo que añadiremos a continuación, parece que ninguno de los miembros de los diferentes TARC se ha

30. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, debemos destacar que buena parte de las instituciones que nuestro ordenamiento jurídico califica como autoridades administrativas independientes prevén causas de cese similares. Véase, por ejemplo, el art. 23.1.f) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. De hecho, al analizar este tipo de entidades públicas, algunos autores han considerado que, teniendo en cuenta que nos encontramos ante órganos o entidades encuadradas formalmente dentro de la Administración, parece prácticamente inevitable incluir una causa de este tipo. Salvador Martínez (2002: 308).

visto forzado a finalizar su mandato antes del período previsto legalmente. Si bien es cierto que sí que se han producido algunos casos de renuncia voluntaria.

Gráfico 3. ¿Alguno de los miembros del TARC ha sido destituido/cesado (o ha abandonado el cargo) antes de la finalización de su mandato? [n=23]



Fuente: elaboración propia.

En estos supuestos, los motivos que han justificado dichas bajas se reparten, prácticamente a partes iguales, entre cambios voluntarios de puesto de trabajo, renunciaciones por motivos personales e, incluso, el fallecimiento de alguno de sus miembros.

Sin embargo, de la información que hemos podido recopilar, destaca el caso del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Granada, en el que el cese sus miembros se produjo por la transformación organizativa de dicho órgano. Así, por acuerdo del Ayuntamiento de dicha localidad se modificó el Reglamento de Funcionamiento del mencionado Tribunal, pasando de un órgano colegiado (formado por tres miembros) a un órgano unipersonal³¹. A tal efecto, la disposición transitoria del nuevo Reglamento establecía que la designación de la persona titular del Tribunal sería efectuada en la primera Junta de Gobierno Local ordinaria que se celebre tras la entrada en vigor de la modificación reglamentaria, y, en consecuencia: “En ese momento, cesarán en sus funciones los miembros actuales del Tribunal nombrados por resolución de la Presidencia de fecha 29 de febrero de 2012, o quienes los hayan sustituido con independencia de la fecha de su nombramiento”.

31. Véase el Boletín Oficial de la Provincia de Granada, núm. 125, de 4 de julio de 2017, pp. 8-13.

3.4. La apariencia de independencia

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, a la hora de analizar la independencia de los TARC podríamos preguntarnos también si, a pesar del sistema de nombramiento de sus miembros y de las garantías que se les reconocen, puede plantearse alguna duda razonable en los particulares sobre la independencia de dichos órganos. En otras palabras, si de forma objetiva existen elementos suficientes para garantizar que este órgano, aunque adscrito formalmente a la Administración, puede configurarse como un tercero imparcial respecto de las partes³².

En este punto, como apuntábamos, aunque es cierto que la “imparcialidad” de los TARC no es un criterio que se recoja expresamente ni por la DRec ni tampoco por la LCSP, sí que es una condición implícita en la noción amplia de *independencia* que estamos utilizando. De hecho, el TEDH —y, en menor medida, también el TJUE— ha venido refiriéndose a la ausencia de interés o relación con las partes a la hora de determinar la independencia de un determinado órgano jurisdiccional al amparo del art. 6.1 del CEDH —y del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea—. Es por ello que, aunque cuando hablamos de los TARC no nos situamos propiamente en el ámbito de aplicación de dichos preceptos, creemos que referirnos a estas cuestiones nos puede resultar útil para profundizar un poco más en la configuración jurídica de los TARC.

Desde esta perspectiva, el TEDH ha puesto de relieve en varias de sus sentencias que, para examinar el carácter de órgano jurisdiccional de una determinada institución, deben tomarse también en consideración las apariencias que, en una sociedad democrática, dichos órganos jurisdiccionales deben inspirar en los justiciables³³. De manera que el TEDH ha considerado que, aunque aparentemente se cumplan las exigencias legales sobre el nombramiento y cese de sus miembros o sobre la duración de su mandato, cuando los ciudadanos puedan tener dudas sobre las garantías de imparcialidad de dichos órganos que estén objetivamente justificadas,

32. O, si se quiere, tal y como señalaba tempranamente Gimeno Feliu, se trataría de que, más allá de su posición institucional, se dote al órgano encargado de la resolución de los recursos contractuales de la suficiente *auctoritas* para que los distintos sujetos implicados puedan confiar en el contenido de sus resoluciones. Gimeno Feliu (1995: 100).

33. Este planteamiento vendría a resumirse en el proverbio inglés: “*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*”. Véase, por todas, la STEDH *De Cubber c. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984 (ap. 26), o la STEDH *Micallef c. Malta*, de 15 de octubre de 2009 (ap. 98).

ello podría suponer que la independencia de dichos órganos pudiera quedar en entredicho³⁴.

En estos supuestos, el TEDH —y el TJUE— examina, principalmente, cuáles son las relaciones que se establecen entre el órgano jurisdiccional y el poder ejecutivo, para determinar si, aunque parezcan cumplirse las garantías de independencia, hay otros elementos objetivos que pudieran cuestionar la confianza en dichos órganos.

Como hemos venido exponiendo, por lo que se refiere a los TARC existentes en nuestro ordenamiento jurídico, creemos que, en principio, responden a las garantías de independencia propias de un órgano jurisdiccional, sin que, con carácter general, encontremos mayores argumentos que, razonablemente, nos puedan poner en cuestión dicha conclusión. Ahora bien, nuevamente, si bajamos al caso concreto, podemos encontrar algún supuesto que sí puede plantearnos alguna duda.

3.4.1. La composición de los tribunales administrativos de recursos contractuales. En particular, la problemática del ámbito local

Aunque anteriormente hemos afirmado que el art. 2.9 de la DRec no debe interpretarse en el sentido literal de exigir a los miembros de los órganos nacionales de resolución de los recursos contractuales un estatus *idéntico* al de los jueces, sino equiparable funcionalmente, podemos cuestionarnos acerca de la necesidad de la exclusividad en el cargo. En otras palabras, ¿el nombramiento como miembro de los TARC permite compatibilizar dicho cargo con el servicio activo en la Administración pública?

Para responder a esta pregunta debemos diferenciar distintas situaciones. En primer lugar, debemos referirnos a aquellas normas autonómicas que han previsto expresamente que la designación como miembro del

34. Este criterio se ha puesto de manifiesto, sobre todo, en las sentencias que el TEDH ha dictado respecto a los tribunales de seguridad del Estado de Turquía. Véanse, por ejemplo, la STEDH *Incal c. Turquía* de 9 de junio de 1998 (ap. 72); la STEDH *Ózdemir vs. Turquía*, de 6 de febrero de 2003 (ap. 33-36), o la STEDH *Feridum Yazar y otros c. Turquía*, de 23 de septiembre de 2004 (ap. 31-32). Al margen de estos supuestos, sobre la teoría de las apariencias se pronuncian también, y entre otras muchas, la STEDH *Kress c. Francia*, de 7 de junio de 2001, o la STEDH de 6 de noviembre de 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* (ap. 144). Por su parte, el TJUE se ha referido también a este criterio, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de noviembre de 2019, as. C-585/18 y C-624/18, *A.K. y otros*, en la que se examina el régimen disciplinario de los jueces en Polonia (FJ 127).

TARC supone el ejercicio de dicho cargo con dedicación exclusiva³⁵, por lo que, en estos supuestos, parece evidente que el nombramiento resulta incompatible con las tareas que dichas personas venían desarrollando de manera habitual en su Administración de origen.

En segundo lugar, podemos encontrar otros varios supuestos en los que, aunque la exclusividad en el ejercicio del cargo no se indica de forma expresa en las normas reguladoras de los diferentes TARC, esta deriva implícitamente de su régimen jurídico. Es el caso, por ejemplo, del art. 45.5 de la LCSP, que, al regular el estatuto personal de los miembros del TACRC, prevé lo siguiente: “Durante el tiempo en que se hallen prestando servicios en el Tribunal, tanto el Presidente como los Vocales pasarán a la situación de Servicios Especiales dentro de su cuerpo de origen”³⁶.

Y, por último, nos encontramos con aquellos otros supuestos, que también son numerosos, en los que las normas reguladoras de los TARC permiten compatibilizar el cargo con el puesto de trabajo en la Administración, o bien, simplemente, no hacen ninguna referencia a la exclusividad del mandato, por lo que deberíamos entender que, en estos casos, la designación como miembro del órgano de recursos contractuales no es incompatible con el servicio activo en la Administración³⁷.

De hecho, la práctica de los TARC así nos lo confirma. En primer lugar, porque de los datos obtenidos en nuestro proyecto se desprende que un 40 % de los miembros de los TARC [n=32] ejerce alguna otra actividad profesional, al margen de su dedicación al órgano de recursos contractuales. Y también porque, preguntados sobre las retribuciones económicas que per-

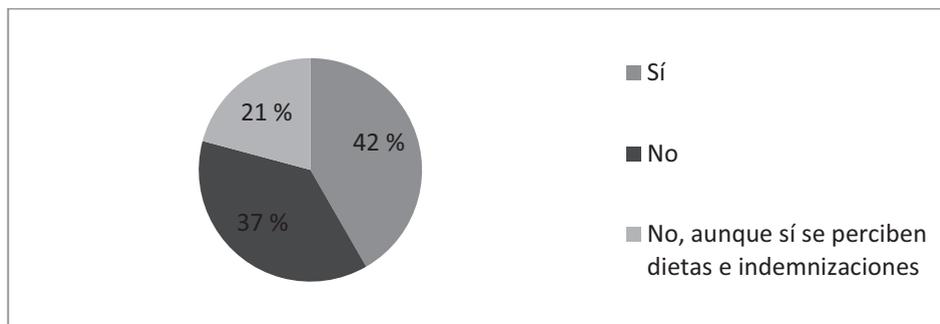
35. Así ocurre, por ejemplo, con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Galicia (art. 35. *Quater*.4 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico) o el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en virtud del art. 120.1 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

36. En un sentido similar se expresan, entre otras, la disposición adicional octava, ap. 11, de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, y el art. 8 del Decreto catalán 221/2013, de 3 de septiembre.

37. Es el caso, por ejemplo, del Reglamento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada (BOP Granada, núm. 250, de 31 de diciembre de 2012, pp. 96-99), en el que, sin hacer ninguna mención al régimen de dedicación de los miembros de dicho Tribunal, se afirma que estos percibirán las asistencias correspondientes a las sesiones del mismo (art. 4.4 de dicho Reglamento). O también del art. 121.5 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que prevé que los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra “podrán compatibilizar su tarea con su puesto de trabajo en la Administración a la que pertenezcan y serán retribuidos con las dietas que se establezcan reglamentariamente, compatibles con su remuneración como funcionarios”.

ciben sus miembros (Gráfico 4), la mayoría de respuestas obtenidas afirma que estos no reciben ninguna remuneración fija, si bien, en algunos casos, sí que se perciben dietas e indemnizaciones por la asistencia a las reuniones.

Gráfico 4. ¿El ejercicio del cargo como miembro del TARC está retribuido económicamente? [n=24]



Fuente: elaboración propia.

Si esto es así, más allá de que la inexistencia de una remuneración fija y periódica para el ejercicio del cargo pueda condicionar el ejercicio de sus funciones³⁸, sobre todo podría plantearse el conflicto entre los cometidos que se atribuyen a dichos funcionarios en la Administración pública de adscripción —muy especialmente, si estos intervienen de alguna manera en la gestión de la contratación pública— y las funciones resolutorias que se les asignan como miembros de los TARC. Y es que, como ha señalado el TEDH —por ejemplo, en la Sentencia de 22 de octubre de 1984, *Sramek c. Austria*—, el hecho de que el órgano jurisdiccional cuente con una persona que se encuentra en posición de subordinación funcional y de servicios en relación con una de las partes, permite legítimamente a los litigantes dudar de la imparcialidad de esta persona, y, en consecuencia, pone gravemente en cuestión la confianza hacia dicho órgano (ap. 42).

En nuestra opinión, aunque es innegable que se aplican a dichos funcionarios las causas de abstención y recusación previstas actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) —entre las que encontramos, por ejemplo, tener un interés personal

38. No obstante, en este punto se ha afirmado que, en la medida en que los TARC se configuran como órganos administrativos, el régimen retributivo de sus miembros quedaría sujeto a la normativa sobre función pública. De manera que “no parece que pueda utilizarse el régimen retributivo para cuestionar la independencia de los miembros de los órganos de recursos” (Rodríguez Morilla, 2022: 81).

en el asunto de que se trate o haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate (art. 23.2 LRJSP)—³⁹, aplicando la teoría de las apariencias a la que nos referíamos anteriormente podríamos cuestionar la independencia del órgano. Y es que, como apuntábamos, la compatibilidad de ambas situaciones puede hacernos dudar de que, realmente, dichos funcionarios puedan adquirir, tal y como señalaba la STJUE de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, “la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida” (FJ 19).

Precisamente, consciente de esta problemática, el ya mencionado Informe núm. 9/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, al analizar la composición y las características de los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública de las entidades locales, se refiere expresamente a estas cuestiones. En concreto, la Junta Consultiva catalana considera que la necesaria independencia del órgano colegiado para la resolución de los recursos contractuales implica, con carácter general, que este “esté integrado por miembros que no tengan ninguna vinculación con el órgano de contratación o con la mesa de contratación u otro órgano que lo asista”.

A partir de este planteamiento general, la mencionada Junta Consultiva entiende que, en consecuencia, no podrían formar parte del órgano de recursos ni el personal del correspondiente servicio de contratación ni los miembros del órgano de contratación —es decir, el Alcalde o Presidente de la entidad local de que se trate, o los miembros del Pleno (ex disposición adicional segunda, ap. 1, de la LCSP)—. En estos casos, es evidente que su intervención activa en la gestión de los procedimientos de contratación susceptibles de impugnación les sitúa en una posición en la que difícilmente se cumplen las condiciones de objetividad, imparcialidad e independencia.

Igualmente, la Junta Consultiva catalana considera que tampoco pueden formar parte de los TARC los miembros del órgano de asistencia al órgano de contratación, es decir, de la mesa de contratación. En la medida en que corresponde a las mesas de contratación valorar las ofertas en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos con negociación

39. De hecho, de los datos obtenidos en nuestro proyecto de investigación, se desprende que dichas causas de abstención se aplican habitualmente. Así, en un 37 % de los TARC existentes [n=22], como mínimo en una ocasión, alguno de sus miembros ha tenido que abstenerse de conocer algún recurso por motivos de parentesco, interés personal o intervención previa en el expediente de contratación. E, incluso, en 2 casos consta que los TARC han aceptado la recusación de alguno de sus miembros planteada por las partes del recurso; de nuevo, por motivos de parentesco.

(ex art. 326.1 LCSP), se puede afirmar nuevamente que, muy difícilmente, sus miembros pueden reunir las condiciones de objetividad, imparcialidad e independencia que deben darse en los miembros de los órganos competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratación.

De dicha interpretación se derivaría que no puedan participar tampoco en dichos órganos locales de recursos contractuales ni el Secretario ni, en su caso, el Interventor de la entidad local de que se trate, porque, de acuerdo con la disposición adicional segunda, ap. 7, de la LCSP, estos deben actuar siempre como vocales de dichas mesas.

En definitiva, la garantía de independencia de los TARC impuesta por el derecho europeo y la LCSP limita notablemente las personas que pueden integrar dicho órgano. Lo cual nos plantea, además, otra paradoja: ¿Cómo aseguramos la capacitación profesional de los miembros del TARC si, precisamente, deberíamos excluir de la participación en dichos órganos a los funcionarios que hayan intervenido o intervengan en la gestión de la contratación pública? En otras, palabras, en algunos supuestos nos podríamos encontrar con TARC integrados por personas ajenas al ámbito de la contratación pública y que, quizá, desconocen las particularidades de esta materia⁴⁰.

Por lo demás, que dicha controversia se plantee inicialmente en el ámbito local no debe sorprendernos, puesto que es en este ámbito territorial donde las diferentes Administraciones públicas cuentan con menos efectivos personales y, por lo tanto, donde seguramente resulta más proclive la acumulación de funciones. No obstante, entendemos que las consideraciones efectuadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa catalana podrían ser perfectamente extensibles a los demás niveles de gobierno y administración.

3.4.2. La acumulación de funciones en un mismo órgano

Las anteriores consideraciones nos sirven también para referirnos a aquellos supuestos en que, como hemos visto, la normativa autonómica ha atribuido

40. En este sentido, se ha afirmado que "difícilmente un Ayuntamiento puede mantener en su estructura administrativa a tres funcionarios [...] que siendo especialistas en contratación no desempeñen labores relacionadas con la contratación del Ayuntamiento o que estén dedicados en exclusividad a resolver los recursos especiales que se produzcan en dicho ámbito. Eso solo podría hacerse en Ayuntamientos con estructuras administrativas de gran dimensión y también cuestionable puesto que el volumen de recursos no justificaría el coste que crear un órgano de este tipo podría suponer en régimen de exclusividad de sus miembros". Santiago Fernández (2018: 848).

la resolución de los recursos especiales en materia de contratación a órganos consultivos ya existentes —como ocurre actualmente en Castilla y León y Extremadura—.

En principio, podríamos considerar que, al configurarse como los máximos órganos consultivos autonómicos, tanto el Consejo Consultivo de Castilla y León como la Comisión Jurídica Asesora de Extremadura se adecuan a las exigencias de la DRec y de la LCSP en cuanto al nombramiento y a la separación de sus miembros, o la duración de sus mandatos y el no sometimiento a instrucciones. Ahora bien, de acuerdo con la teoría de las apariencias que mencionábamos anteriormente, podemos cuestionarnos si la acumulación de la función resolutoria del recurso especial en materia de contratación con otras funciones consultivas resulta compatible con el derecho de la Unión Europea.

Por ejemplo, de acuerdo con la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (en adelante, LDAJExt), corresponde a la Comisión Jurídica Asesora de dicha Comunidad Autónoma no solo la resolución del recurso especial en materia de contratación (disposición adicional primera, ap. 6, LDAJExt), sino también pronunciarse sobre la interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista, o sobre las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía supere determinados umbrales económicos (disposición adicional primera, ap. 6, LDAJExt).

En términos similares, de acuerdo con el art. 60 de la Ley castellanoleonesa 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, los miembros del TARC de Castilla y León son los mismos miembros que componen su Consejo Consultivo. Órgano al cual, de acuerdo con el art. 4.1.i) de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, se le atribuye la tarea de dictaminar de forma preceptiva sobre, entre otras cosas, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales, sobre la interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, y sobre las modificaciones de los mismos, en los supuestos establecidos por la legislación reguladora de los contratos del sector público; así como la interpretación, nulidad y extinción de las concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.

Como puede verse, en ambos casos las tareas consultivas que se asignan a dichos órganos resultan difícilmente compatibles con el mantenimiento de una posición independiente e imparcial respecto de la resolución de los

recursos contractuales que, posteriormente, pudieran plantearse sobre estas mismas cuestiones⁴¹, por lo que, como decíamos, aunque formalmente tanto el Consejo Consultivo castellanoleonés como la Comisión Jurídica Asesora extremeña cumplan con las exigencias relativas al estatuto personal de sus miembros, podemos encontrar otros argumentos que, llegado el caso, nos pueden hacer dudar de su independencia y, con ello, del correcto cumplimiento de la DRec⁴².

3.4.3. El debate sobre los medios económicos y personales a disposición de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Otro de los elementos que, tradicionalmente, se utilizan a la hora de examinar la independencia de determinados órganos o entidades públicas es el relativo a su autonomía presupuestaria y financiera. Y es que, como puede imaginarse, las carencias presupuestarias o de medios materiales y humanos pueden ser causas que condicionen o dificulten el correcto ejercicio de las competencias que tienen atribuidas dichos órganos o entidades⁴³.

En este sentido, debemos señalar que, al configurarse como órganos administrativos, sin personalidad jurídica propia, la autonomía presupuestaria y financiera de los TARC es prácticamente inexistente. En efecto, estos órganos carecen de la potestad para aprobar sus propios presupuestos, de manera que quedan subordinados a las decisiones económicas que adopte la Administración competente.

Es más, de los datos obtenidos en nuestra investigación, se desprende no solo que los TARC no disponen de autonomía financiera para aprobar sus cuentas, sino que, además, la gran mayoría de ellos no participa tampoco de forma directa en la elaboración de dicho presupuesto. Y, en aquellos pocos

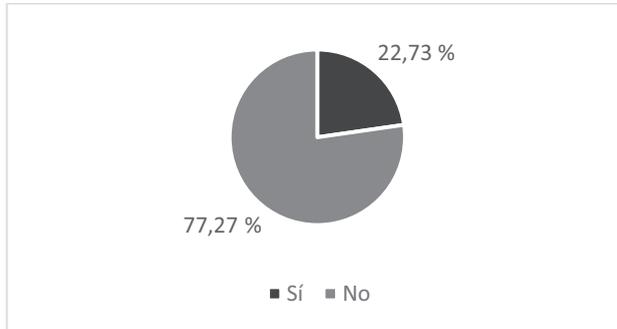
41. En este sentido, debemos recordar que, de conformidad con el art. 44.2 LCSP, se incluyen dentro de las actuaciones susceptibles de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación tanto los pliegos y documentos contractuales como las modificaciones contractuales basadas en el incumplimiento de lo establecido en los arts. 204 y 205 LCSP.

42. De hecho, como se ha apuntado muy recientemente (Ríos Marín, 2023: 99), en la propia Memoria de Actuación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 2018 ya se apuntaba el riesgo de que sus miembros pudieran estar "contaminados" por actuaciones anteriores, y se planteaba la necesidad de abordar una reforma.

43. Precisamente, ante la proliferación de vías de recurso administrativo *ad hoc*, Cierco Seira nos recuerda que "por mucho que se horade en pos de una independencia funcional en la resolución de los recursos administrativos poco se avanzará si ésta no se ve acompañada de las dotaciones humanas y materiales, tanto en número como en calidad, apropiadas". Cierco Seira (2016: 535).

casos en los que sí existe tal participación, lo cierto es que esta se limita a un simple intercambio de información sobre las partidas presupuestadas.

Gráfico 5. ¿El TARC participa en la elaboración de su presupuesto? [n=22]



Fuente: elaboración propia.

De todas formas, para garantizar la autonomía funcional que se les reconoce legalmente, muchas de las normas reguladoras de los TARC sí que prevén expresamente que estos deberán contar con los medios materiales necesarios para el correcto desarrollo de sus funciones. Es el caso, por ejemplo, del art. 35.ter.11 de la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico, que prevé que la consejería competente en materia de hacienda prestará apoyo administrativo al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia y “lo dotará de los medios materiales necesarios para el cumplimiento de las funciones”; o de la disposición adicional única del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, según la cual:

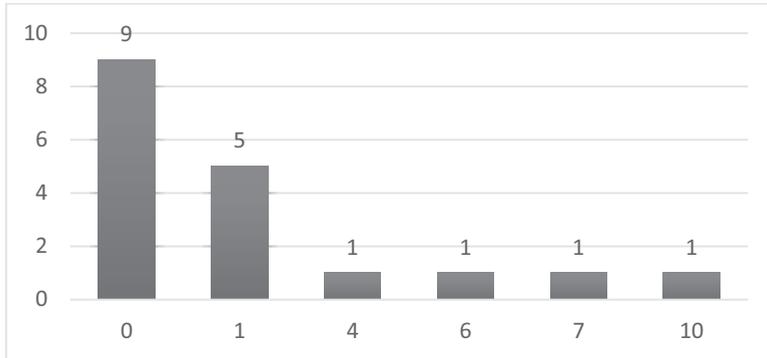
“El departamento competente en el establecimiento de criterios y en la dirección y el control de la contratación pública adoptará las disposiciones y las medidas personales y materiales necesarias para dotar convenientemente al Tribunal a fin de garantizar su correcto funcionamiento.

En este sentido, el Tribunal dispondrá, en todo momento, de los medios personales y los recursos necesarios para el correcto ejercicio de sus funciones”.

Aunque dichas previsiones deben valorarse positivamente, lo cierto es que se expresan en términos tan amplios y difusos que resultan muy difícilmente fiscalizables, por cuanto admiten concreciones muy diversas. De hecho, en la práctica estas exigencias parecen no cumplirse. No solo porque repetidamente se ha puesto de relieve que la insuficiencia de medios es una de las principales carencias de los TARC (Díez Sastre, 2022: 141), sino también

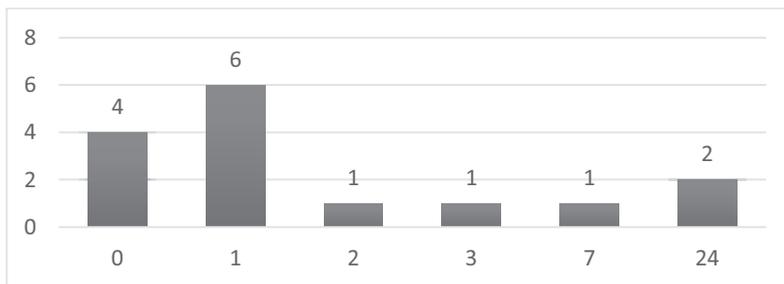
porque, tal y como se observa en los gráficos 6 y 7, casi un tercio de los TARC existentes parecen no contar con ningún tipo de personal de apoyo propio para realizar sus funciones.

Gráfico 6. Personal de apoyo de que disponen los TARC (con dedicación exclusiva) [n=18]



Fuente: elaboración propia.

Gráfico 7. Personal de apoyo de que disponen los TARC (con dedicación parcial) [n=18]



Fuente: elaboración propia.

Lógicamente, la falta de los medios personales necesarios es un elemento que puede condicionar, de forma relevante, el funcionamiento de un órgano dirigido a ejercer una tarea de control de la actividad contractual de la Administración. De ahí que, para suplir estas deficiencias, algunos TARC hayan formalizado convenios de colaboración y apoyo con los servicios jurídicos de su Administración de adscripción⁴⁴. Ahora bien, si bien transitoria-

44. Preguntados sobre esta cuestión, solamente 1 de los TARC existentes [n=24] ha manifestado la existencia de algún acuerdo o convenio con la comunidad autónoma respectiva. A este

mente ello puede resultar efectivo de cara a asegurar su correcto funcionamiento, genera una paradoja fácilmente criticable. Y es que, para desarrollar su actividad, los TARC han de servirse del personal que, de forma paralela, debe defender a la Administración demandada en el recurso especial (Díez Sastre, 2022: 141; González-Deleito Domínguez, 2017: 8-9).

3.5. La coordinación entre los tribunales administrativos de recursos contractuales

La disposición adicional vigésima tercera de la LCSP regula la coordinación entre los diferentes órganos de resolución de los recursos especiales en materia de contratación existentes, previendo que estos “acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento”; reconociendo a dichos órganos, además, la facultad de “proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos”.

A primera vista, la redacción de este precepto nos puede parecer inocua en lo que a garantía de la independencia de los TARC se refiere. En efecto, partiendo de la pluralidad de TARC existentes, podríamos entender que la LCSP simplemente prevé la posibilidad de que se puedan articular foros de debate entre los representantes de los diferentes órganos de resolución de los recursos contractuales, para poner en común sus problemáticas y favorecer una interpretación coherente de las normas contractuales. Ahora bien, la referencia a la *coordinación* empleada en este precepto puede plantearnos alguna duda.

Tradicionalmente, se ha venido considerando que la coordinación —regulada hoy en día en el art. 140.1.e) de la LRJSP— supone un cierto poder de dirección de la entidad coordinadora respecto de las demás, al efecto de poder asegurar la coherencia de la actuación administrativa⁴⁵. Es decir, si la coordinación persigue la integración de la diversidad de Administraciones públicas en el conjunto del sistema, evitando contradicciones o disfuncio-

podríamos añadir, como mínimo, el TACRC, el cual, de acuerdo con su Memoria del año 2021, cuenta con el apoyo del Servicio Jurídico del Estado (Díez Sastre, 2022: 140).

45. En este sentido, entre otras, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20, o la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 103/2007, de 18 de enero, FJ 7.

nes, esta debe suponer un cierto componente decisorio o de imposición unilateral que, consecuentemente, implicaría un límite para el ejercicio de las competencias por parte de las entidades públicas coordinadas.

Si esto fuera así, podríamos plantearnos si la tarea de coordinación de la actuación de los TARC —que, por ejemplo, podría realizar la Administración General del Estado, ex art. 140.1.e) de la LRJSP— no podría verse como una injerencia externa en su actividad resolutoria, que podría cuestionar la independencia de dichos órganos. De hecho, así pareció entenderlo el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón cuando, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4261-2018, interpuesto contra diversos preceptos de la LCSP, se impugnó expresamente la mencionada disposición adicional vigésima tercera, al entender que podía colisionar con la independencia funcional que tienen reconocida los TARC —así como vulnerar la potestad de autoorganización propia de dicha Comunidad Autónoma—.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia núm. 68/2021, de 18 de marzo, se ha ocupado de disipar las dudas planteadas, entendiendo que dicho precepto no pretende imponer ningún resultado, ni tampoco una supuesta unidad de criterio en la resolución del recurso especial en materia de contratación —lo cual resultaría contrario a la independencia reconocida legalmente a los TARC— [FJ 6 E].

Por lo tanto, como apuntábamos, la disposición adicional vigésima tercera de la LCSP debe entenderse simplemente como la posibilidad de que los diferentes TARC existentes articulen, voluntariamente, puntos de encuentro en los que intercambiar información, compartir criterios de interpretación de las normas en materia de contratación pública, pero sin que de ello se derive ningún compromiso exigible jurídicamente en el ejercicio de sus funciones.

4. A modo de conclusión

A la vista de todo lo expuesto anteriormente, llega el momento de concluir y responder a la pregunta que nos planteábamos al inicio de este trabajo. A tal efecto, la primera idea que debemos destacar es que, en realidad, la notable diversidad de modelos y regulaciones aplicables a los diferentes TARC existentes en nuestro ordenamiento jurídico dificulta poder llegar a una única conclusión unívoca. Sin embargo, creemos que, con carácter general, los diferentes órganos de resolución de los recursos contractuales sí que se configuran como órganos independientes a los efectos de las DRec, y la gran mayoría cuentan con las garantías mínimas exigibles para ello.

Ahora bien, sin negar esta conclusión, como hemos ido observando, un análisis específico del régimen jurídico de cada uno de los diferentes TARC nos permite identificar también algunos elementos claramente disfuncionales. En nuestra opinión, uno de los más relevantes se encuentra en el hecho de que, en algunos supuestos, la designación como miembro del órgano de recursos contractuales sea compatible con el servicio activo en la misma Administración. Y es que, desde nuestro punto de vista, ello puede generar una confusión de funciones en los miembros del TARC, que cuestionaría que estos se configuren realmente como un tercero respecto de la Administración contratante.

En segundo lugar, otro elemento a tener en cuenta a la hora de valorar (negativamente) la independencia real de los TARC no se encuentra tanto en las garantías personales que se reconocen a sus miembros, sino en la limitación de recursos propios para atender toda su actividad. No solo porque, como ha quedado dicho, ello provoca que, en algunos supuestos, los TARC tengan que recurrir a la colaboración de la Administración de adscripción, sino también porque la falta de recursos es especialmente relevante en un órgano cuya función principal no es meramente asesora, sino de control jurídico de la actividad contractual de la Administración.

De todas formas, como ya apuntamos en su momento (Vilalta Reixach, 2022: 134-135), sin negar la importancia de este cuestionamiento, creemos que la respuesta jurídica a estos déficits no resulta excesivamente compleja. De hecho, sin perjuicio de plantear la posibilidad de que el legislador básico estatal regule con más detalle las garantías mínimas de independencia de los TARC autonómicos y locales (Mora Ruiz, 2018: 89, 118), estas deficiencias podrían abordarse dotando presupuestariamente a dichos órganos de más recursos; recursos que les permitieran atender a la carga de trabajo que realmente asume cada uno de ellos, y asegurar la dedicación exclusiva de sus miembros.

Ahora bien, ¿y si ello no resulta posible? Pues, en este caso, en la medida en que, como se ha afirmado, la profesionalización y disposición de medios es un requisito condicionante de la independencia de tales órganos (Pardo García-Valdecasas, 2018: 602, 615; Sibina Tomàs, 2019: 428), creemos que debe replantearse la propia existencia de los TARC afectados. Y es que no puede olvidarse que, tal y como ha declarado el TJUE⁴⁶, la finalidad del re-

46. Entre otras muchas, podemos citar la STJUE de 12 de diciembre de 2022, as. C-470/99, *Universale-Bau*, en la que se afirma que "[...] la Directiva 89/665 pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos en

curso especial en materia de contratación pública no reside en duplicar un sistema de recursos administrativos ya existente —y, en muchas ocasiones, escasamente útil—, sino en garantizar una correcta aplicación de la legislación de contratos del sector público y la tutela eficaz de los derechos de los licitadores.

5. Bibliografía

- Bernal Blay, M. Á. (2011). Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas. *Cuadernos de Derecho Local*, 26, 7-26.
- (2016). Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública. En F. López Ramón (dir.). *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 365-377). INAP.
- Cierco Seira, C. (2016). El procedimiento de recurso administrativo: su virtualidad y la necesidad de reforma. En F. López Ramón (dir.). *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 519-609). INAP.
- Díez Sastre, S. (2012). El recurso especial en materia de contratación pública. *Anuario de Derecho Municipal* 2011, 5, 127-162.
- (2022). IV. Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública. *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022* (pp. 119-159). Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa - Universidad Autónoma de Madrid - Consejo General del Poder Judicial.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (1995). *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*. Civitas.
- (2016). *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)*. Thomson Reuters - Aranzadi.
- González-Deleito Domínguez, N. (2017). La organización, ¿el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación? *Actualidad Administrativa*, 3, 1-11.

particular la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. A tal efecto, [...] dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible” (FJ 74).

- Jover Lorente, F. A., Alonso Clemente, A. y Rodríguez Muñoz, J. M. (2015). El Consejo Consultivo de Extremadura como tribunal administrativo de recursos contractuales de la comunidad autónoma: regulación y doctrina más destacada. *Revista Española de la Función Consultiva*, 24, 105-134.
- Laguna de Paz, J. C. (2010). Órgano administrativo competente para conocer del recurso especial en materia de contratación pública en Castilla y León. *Documentación Administrativa*, 288, 183-192.
- Mora Ruiz, M. (2018). *El control de la contratación pública local: construcción sistemática*. Thomson Reuters - Aranzadi.
- OIReScon. (2022). *Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026*. Disponible en: <https://contrataciondelestado.es/b2b/noticias/ENCP.pdf>.
- Pardo García-Valdecasas, J. J. (2010). El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Documentación Administrativa*, 288, 19-41.
- (2018). El recurso especial en materia de contratación. Órgano encargado de su resolución. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 599-638). Thomson Reuters - Aranzadi.
- Ríos Marín, E. (2023). Análisis del estatus y de la organización administrativa de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación. *Documentación Administrativa*, 10, 88-102.
- Rodríguez Morilla, A. (2022). *La función jurisdiccional de la administración a través de los órganos de recursos contractuales* [tesis doctoral no publicada]. Universidad Autónoma de Madrid.
- Salvador Martínez, M.^a (2002). *Autoridades independientes*. Ariel Derecho.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Thomson Reuters - Aranzadi.
- Santiago Fernández, M.^a J. (2018). Recurso especial en materia de contratación. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (coords.). *Tratado de Contratos del Sector Público* (pp. 835-896). Tirant lo Blanch.
- Sibina Tomàs, D. (2019). Tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC) y control jurisdiccional. En E. Malaret García (dir.). *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial* (pp. 417-469). Thomson Reuters - Aranzadi.
- Toscano Gil, F. (2022). La naturaleza jurídica particular de los tribunales administrativos de recursos contractuales: ¿administrativa, judicial o cuasijurisdiccional? *Revista General de Derecho Administrativo*, 61, 1-36.
- Valcárcel Fernández, P. (2023). Profesionalizar los mecanismos de control de la contratación pública. Relevancia de observar los principios de mérito y capacidad en la selección de los miembros de los órganos que conocen del recurso especial en materia de contratación. En

- J. Rodríguez-Arana Muñoz y E. Díaz Bravo (dirs.). *La profesionalización en la contratación pública estratégica* (pp. 91-121). Tirant lo Blanch.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, 18, 119-136.

CAPÍTULO IV

El diseño de la planta de los tribunales administrativos de recursos contractuales: marco normativo y realidad empírica¹

Ricard Gracia Retortillo

*Profesor agregado de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona*

SUMARIO. **1. Antecedentes y marco normativo de la creación de los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC) en España.** **2. La actual planta administrativa de los TARC.** 2.1. Identificación de los TARC existentes. 2.2. Evolución y características actuales de la planta de los TARC. **3. En particular, la creación de los TARC en el ámbito local.** 3.1. Reglas previstas y cuestiones competenciales en la creación de los TARC locales. 3.2. Modelos organizativos existentes. 3.3. Críticas doctrinales. **4. Una valoración provisional: hacia la oportunidad y racionalidad de la planta (local) de los TARC.** **5. Bibliografía.** **6. Anexo: Listado de TARC existentes.**

1. Antecedentes y marco normativo de la creación de los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC) en España

En las últimas décadas, fruto del impulso de la Unión Europea, el derecho de la contratación pública ha sufrido una importante y progresiva transformación, lo que a su vez ha supuesto, como es conocido, un correlativo incre-

1. Este texto se corresponde esencialmente, con las necesarias actualizaciones, con la ponencia presentada en el XI Congreso Internacional en Gobierno, Administraciones y Políticas Públicas GIGAPP, en septiembre de 2022. En el momento de entregar, por razones editoriales, este texto a la imprenta, se halla en elaboración un texto más completo y detallado que verá la luz en los próximos meses.

mento de su estudio por la doctrina administrativa. Entre las múltiples cuestiones que han sido objeto de evolución y de análisis, destaca la del sistema de garantías de los intereses de los licitadores en las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, y, en particular, la búsqueda de mecanismos de impugnación verdaderamente eficaces contra las decisiones de los poderes adjudicadores, que superen las tradicionales limitaciones inherentes a la vía judicial (Díez Sastre, 2012a).

En este contexto, el marco jurídico de referencia a escala europea lo constituyen las denominadas “directivas de recursos”, cuyo primer antecedente se sitúa en la *Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras*. En ella, se requería ya a los Estados miembros la previsión de una vía de impugnación rápida y eficaz de las decisiones de los poderes adjudicadores contrarias a la normativa europea sobre contratación, y se encomendaba la resolución de dichos recursos a “organismos independientes”, admitiéndose, con una serie de requisitos, su naturaleza no necesariamente judicial². Tras las sucesivas reformas (1992, 2007 y 2014)³, este paquete normativo sigue manteniendo su finalidad inicial de garantía de los derechos de los licitadores, habiendo reforzado los mecanismos para hacer efectiva una tutela restitutoria y no exclusivamente resarcitoria, de modo que, en la actualidad, “constituyen un elemento fundamental del ámbito de la contra-

2. En particular, la redacción originaria del apdo. 8 del art. 2 de la Directiva, en esencia muy similar a la actual redacción del art. 2.9, disponía:

“Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del art. 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes”.

3. Por la Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, y la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014.

tación pública y un ejemplo único, en la legislación de la Unión, de plena aplicación de los derechos de la Unión a escala nacional”⁴.

A fecha de hoy, las directivas establecen ciertas exigencias de tipo organizativo o procedimental aplicables a los órganos responsables de resolver estos recursos, sin llegar al punto de determinar el órgano competente ni entrar en la organización territorial de la planta en que se distribuya dicha función en cada uno de los Estados miembros, puesto que ello es una cuestión que queda en el ámbito interno nacional. Entre las exigencias organizativas, conviene dejar claro que, aunque la normativa europea admite que los órganos puedan tener naturaleza jurisdiccional o bien administrativa, se establece que se configuren, en todo caso, como órganos independientes, especializados y con calificación jurídica y medios suficientes⁵.

Durante un primer momento, la aprobación de estas directivas no supuso la creación, en el ordenamiento español, de ninguna vía especial de recurso en materia de contratación pública⁶, puesto que se consideró que las exigencias europeas ya se satisfacían con el sistema ordinario de tutela administrativa y jurisdiccional existente. Sin embargo, la práctica puso de manifiesto que esto no era así. A la escasa eficacia de los procedimientos de recursos administrativos ordinarios, se unía la excesiva duración en el tiempo de los procesos jurisdiccionales, de modo que tanto la doctrina administrativa como, en especial, diversos pronunciamientos del TJUE señalaron la inadecuación de la legislación española⁷.

Ante ello, el cambio de planteamiento se produjo con la aprobación de la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*⁸, al es-

4. Informe COM(2017) 28 final, de 24 de enero, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública.

5. Sobre el alcance de estas exigencias, en su actual redacción del art. 2.9 de la Directiva, nos remitimos a lo expuesto en los capítulos de esta obra sobre la naturaleza y la independencia de los TARC.

6. Ni siquiera de cambios sustantivos en las vías de impugnación ordinarias. Así lo constataba explícitamente la exposición de motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al señalar que “el Derecho español se adapta ya a las exigencias procesales que contiene la directiva comunitaria”.

7. Una relación de las distintas condenas del TJUE a España por contravenir las directivas comunitarias, en Díez Sastre (2012b: 130).

8. La exposición de motivos de la Ley señaló como finalidad de este aspecto de su contenido la necesidad de adecuación a la normativa europea: “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 ad-

tablecer novedosamente un recurso administrativo especial en materia de contratación pública, que vino a sustituir con carácter exclusivo, en el ámbito de aplicación definido por la ley⁹, a los recursos administrativos ordinarios, como instancia previa a la vía jurisdiccional correspondiente. La Ley 30/2007 no creó, sin embargo, un órgano distinto para conocer de dicho recurso, sino que se limitó a incorporar una serie de criterios para determinar el órgano competente de resolver el recurso especial en cada caso. Más allá de los distintos supuestos, la solución prevista pasaba por atribuir dicha competencia a los órganos de contratación o al organismo al que este estuviera adscrito, con el requisito de que sus resoluciones pusieran fin a la vía administrativa¹⁰. Sin embargo, tal solución fue considerada insuficiente por la Comisión Europea, al entender que no garantizaba la independencia del órgano en los términos fijados por las directivas¹¹.

En consecuencia, no fue hasta la reforma incorporada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de reforma de las leyes 30/2007 y 31/2007, cuando se consiguió adecuar más precisamente la configuración del recurso especial al modelo previsto por la normativa comunitaria¹², atribuyendo la competencia para resolverlo a un órgano de carácter independiente y especializado, de naturaleza administrativa y cuya resolución pone fin a la vía administrativa. Aunque se valoraron otras posibilidades¹³, y a pesar del contexto económico y de fuertes debates sobre las medidas de racionalización del sector público¹⁴, el legislador optó finalmente por que fuera un órgano de nueva creación el encargado de resolver este recurso. En particular, la ley

judicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

9. Téngase en cuenta que este ámbito se ha ido ampliando desde entonces en las sucesivas reformas legislativas, de modo que en la actualidad la LCSP regula que el recurso especial se aplica a contratos por debajo de los umbrales europeos y también a actuaciones no exclusivamente precontractuales (art. 44.1 y 44.2 LCSP).

10. En particular, véase la redacción de los apdos. 4.º y 5.º del art. 37 de la Ley 30/2007.

11. Así lo estableció en su dictamen motivado 260 2190/2002, recogido también en el Dictamen del Consejo de Estado 499/2010, de 29 de abril, sobre 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.

12. Aunque de forma escueta, la propia exposición de motivos de la Ley 34/2010 reconocía que la del órgano competente era una de las cuestiones necesitadas de adaptación a las directivas de recursos: “Quedan, sin embargo, por resolver algunas cuestiones tales como la relativa a la competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva exige se atribuya a un órgano independiente”.

13. Por ejemplo, durante la tramitación parlamentaria se propusieron enmiendas que atribuían la competencia a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así lo recuerda Díez Sastre (2012b: 156).

14. En ese momento, estaba ya en marcha la elaboración de las primeras medidas de racionalización del sector público para afrontar la crisis económica originada en 2008 y que acabaron concentrándose y tomando su forma más significativa en torno a las propuestas del

crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), para los procedimientos de adjudicación en el ámbito estatal. Mientras que, en el ámbito autonómico, la ley prevé varias posibilidades a disposición de las comunidades autónomas (y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla)¹⁵: a) que puedan crear sus propios órganos de resolución de recursos, con la única imposición de su carácter independiente y especializado¹⁶; b) que atribuyan la competencia al órgano estatal, a través de la firma del correspondiente convenio con el TACRC. Finalmente, para las adjudicaciones en el ámbito local, en dicha ley se disponía que fuesen los legisladores autonómicos quienes fijasen el órgano competente y que, en defecto de tal decisión legislativa, se entendería competente el mismo órgano encargado de resolver los recursos de la comunidad autónoma en la que se integrasen dichas entidades locales¹⁷.

A partir de esta reforma, y tras el paso del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público —que apenas contiene modificaciones sustantivas en esta materia—, se llega ya a la vigente *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)*, que, siguiendo con la regulación anterior, contempla el recurso especial en materia de contratación pública (arts. 44 a 60). Recurso que, en la actual arquitectura legal, se erige en una pieza clave en el sistema de garantías de la contratación pública, con la finalidad de revisar que los actos y decisiones de las Administraciones y los poderes adjudicadores dentro de los procedimientos de adjudicación se ajustan a la legalidad. Según su regulación vigente, se configura como un recurso excluyente (sustitutivo, allí donde opera, de los recursos ordinarios), potestativo (puesto que no es un presupuesto necesario para acceder a la vía judicial) y gratuito (art. 44 LCSP).

Informe CORA (Comisión para la Reforma Administrativa), presidida por la vicepresidenta y ministra del ramo, Sra. Dña. Soraya Sáenz de Santamaría. Sobre el tratamiento de los TARC en este informe, véase Gimeno Feliu (2013).

15. En términos idénticos a lo previsto hoy por el art. 46.1 de la vigente LCSP.

16. En concreto, el apdo. 2 del entonces art. 311 establecía: “debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad”.

17. Estas previsiones se completaban con la que establecía que los recursos contra actos de los poderes adjudicadores que no son Administración pública serán resueltos por el órgano competente para los recursos referidos a la Administración a la que se vincule dicha entidad (art. 311.4 Ley 30/2007, modificada por la Ley 34/2010).

Todo ello teniendo en cuenta que su ámbito de aplicación —aunque se ha ido ampliando con el tiempo más allá del propio de las directivas de recursos— se halla limitado a unos determinados tipos de contratos y a unas determinadas actuaciones dentro del procedimiento contractual, que suponen, en la práctica, la existencia de un sistema complejo o dual de control de la contratación pública que combina, por tanto, este recurso especial junto a los recursos ordinarios en el resto de supuestos. Sobre ello, Mora Ruiz (2017).

Por lo que al órgano competente se refiere, la LCSP sigue atribuyendo el conocimiento del recurso especial al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y a los órganos que a tal efecto puedan crear las comunidades autónomas, a la vez que, de forma novedosa en este nivel de legislación básica, recoge la posibilidad de que existan órganos propios de las entidades locales.

- a) En efecto, la LCSP mantiene la competencia del TACRC para conocer del recurso especial en el ámbito del sector público estatal, conteniendo una detallada regulación de sendos aspectos de su organización y funcionamiento (art. 45), que pretenden, en última instancia, garantizar la independencia y especialización del órgano (composición, requisitos y forma de designación de sus miembros, causas de remoción, duración del mandato y medios de apoyo, principalmente)¹⁸. A ello hay que añadir también la posibilidad prevista en la DA 29.^a LCSP —no aplicada en la práctica— de constituir tribunales administrativos territoriales de recursos contractuales con sede en cada una de las capitales de comunidad autónoma, y que tendrían competencia exclusiva para la resolución de los recursos interpuestos contra los actos de la AGE o sus organismos dependientes con competencia en todo o en parte del territorio de dicha comunidad.
- b) En contraste con este detalle del art. 45, para el ámbito autonómico, la LCSP se limita a remitir la fijación de los órganos competentes para resolver el recurso especial a lo que establezca la legislación de las propias comunidades autónomas, con la única imposición de garantizar la independencia y la mínima calificación jurídica y

18. Esta regulación ha sido precisamente la que ha dado lugar a la modificación de la LCSP, con la finalidad de fijar en la ley algunas cuestiones ya consolidadas en la práctica del TACRC: que el número de vocales será un mínimo de cinco y que puedan funcionar a través de la división interna en secciones (disposición final 5.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre). Lo que a su vez supone elevar de rango normativo algunas de las cuestiones ya incorporadas por 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 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*.

profesional de los miembros de dicho órgano, en términos muy similares a los ya previstos por la directiva¹⁹.

- c) La novedad incorporada por la LCSP en nuestro tema de interés es, como decimos, la previsión expresa de que las entidades locales podrán crear también sus propios órganos de recursos contractuales. La Ley 34/2010 ya disponía remitiendo la cuestión de los recursos locales a la correspondiente legislación autonómica, pero ahora la LCSP añade que las diputaciones provinciales y los municipios de gran población puedan crear su propio órgano “especializado y funcionalmente independiente”, remitiendo nuevamente las cuestiones organizativas (sobre su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato) a lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, a lo establecido en el art. 45 de la propia LCSP (esto es, lo previsto para el TACRC), con la garantía adicional de que sea el Pleno de la respectiva corporación el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. Téngase, por tanto, en cuenta que la LCSP lo que viene es a garantizar —con carácter básico— que, en el nivel administrativo local, existan también órganos de recursos contractuales, si bien solo para determinados tipos de entidades locales: las provincias y los municipios acogidos al régimen especial del título X de la LBRL (municipios de gran población), de modo que expresamente dispone que, en el caso del resto de municipios, “se podrá atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan” (art. 46.4 *in fine* LCSP). A ello cabe añadir la específica previsión para los territorios históricos vascos de que, según el art. 46.5, podrán atribuir la competencia para resolver los recursos especiales a “los órganos y Tribunales administrativos forales de Recursos Contractuales”.

2. La actual planta administrativa de los TARC

Situado el marco normativo vigente, es momento de contrastar las previsiones legislativas con la configuración real de la planta administrativa, con el

19. El apdo. 1 del art. 46 LCSP establece en concreto que las CC. AA. deberán “crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad”.

objetivo de poder concluir una primera caracterización general del modelo de organización territorial de la resolución de los recursos contractuales.

2.1. Identificación de los TARC existentes

El marco normativo previsto en la LCSP, completado por el correspondiente desarrollo legislativo de algunas comunidades autónomas y el ejercicio de la autonomía por parte de algunas entidades locales, ha dado lugar a la existencia, a día de hoy, de una planta administrativa de recursos contractuales configurada por una pluralidad de TARC, distribuidos en tres niveles territoriales distintos.

A continuación, sistematizamos el listado de los TARC cuya creación nos consta a la fecha en que se cierra este trabajo, con la advertencia –ya señalada en el capítulo I sobre metodología– de las dificultades para acceder a los datos relativos a los TARC de ámbito local²⁰.

**Gráfico:
Identificación de los TARC existentes (diciembre de 2022)**

	AA. PP.		Órganos constitucionales/análogos
Nivel estatal	TACRC (2010)		TRC Cortes Generales (2010)
Nivel autonómico	TARC CC. AA.	<i>OARCE (Euskadi, 2010)</i> <i>TACPM (Madrid, 2010)</i> <i>TCCSP (Cataluña, 2011)</i> <i>TACPA (Aragón, 2011)</i> <i>TARCJA (Andalucía, 2011)</i> <i>TACPN (Navarra, 2013)</i> <i>TACGal (Galicia, 2015)</i> <i>TACPCan (Canarias, 2015)</i>	TRC Parlamento de Cataluña (2011) TACP Parlamento de Cantabria (2012) TRC Cortes de Castilla y León (2013) TRC Cortes, Justicia y Cámara Cuentas Aragón (2013) TARC Parlamento Andalucía (2013) TARC Parlamento Canarias (2017) TACP Asamblea Madrid (2020) TRC Parlamento I. Baleares (2022) TARC Parlamento Vasco (2022)
	Consejo Consultivo C. A.	<i>TARCCyL (Castilla y León, 2012)</i> <i>CJEx (Extremadura, 2013)</i>	
	Convenio con TACRC (entre 2012-2013)	Melilla, Ceuta, La Rioja, Castilla-La Mancha, Murcia, Cantabria, I. Baleares, C. Valenciana, P. Asturias	
Nivel foral	Territorios históricos	Diputaciones forales	Araba, Gipuzkoa, Bizkaia
Nivel local	Entidades locales supramunicipales	Diputaciones provinciales	Granada, Cádiz, Málaga, Huelva, Jaén
		Cabildo insular	Gran Canaria
	Municipios	Gran población	Córdoba, Granada, Málaga, Sevilla, Almería, Jerez de la Frontera, Marbella, Mijas (Zaragoza)
	Régimen general	Torremolinos, Estepona, Linares, Los Palacios y Villafranca, Puerto de Santa María, Alcalá de Guadaíra	

Fuente: elaboración propia²¹.

20. El autor agradece la colaboración en dicha tarea de rastreo y localización de los TARC locales de la Dra. Carme Sibina Vidal, profesora asociada de la Universidad de Barcelona.

21. *En cursiva* se indican los TARC creados pero suprimidos posteriormente (o que no consta confirmada su actividad actual). Las referencias y la denominación completa de los órganos constan en el anexo final a este trabajo.

En el ámbito estatal, existe, como ha quedado dicho, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que es el competente para conocer de los recursos especiales en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de crear tribunales administrativos territorializados. Como se recoge en la tabla anterior, el TACRC es también el competente para conocer de los recursos especiales en el ámbito de las comunidades autónomas que no han creado su propio órgano y han optado por firmar el respectivo convenio con aquel (Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, La Rioja y Murcia, así como las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla)²².

En la actualidad, sí cuentan, en cambio, con un órgano de recursos contractuales propio otras ocho comunidades autónomas (Aragón, Andalucía, Canarias, Cataluña, Euskadi, Galicia, Madrid y Navarra). En otras dos comunidades, los recursos especiales de ámbito autonómico se resuelven también en el propio nivel territorial autonómico, si bien a través de órganos ya existentes, que, por tanto, acumulan esta función a sus funciones ordinarias, habitualmente de tipo consultivo: en Extremadura, la Comisión Jurídica, y en Castilla y León, el TARC, que se configura como un órgano adscrito al Consejo Consultivo.

Por su parte, más allá del órgano autonómico, los tres territorios históricos vascos cuentan también, desde hace ya más de una década, con TARC propio.

Por lo que se refiere al nivel local, se han localizado menos de una veintena de TARC (17, sin incluir a los forales), que actúan, a su vez, en relación con tipos de entidades locales distintas. En el ámbito supramunicipal, consta —tras la extinción del TARC provincial de Jaén— la existencia de otros cuatro órganos en diputaciones andaluzas (Granada, Cádiz, Málaga y Huelva), a los que cabe sumar el caso singular del Cabildo de Gran Canaria²³. En el nivel municipal, los casos identificados —exclusivamente concentrados en la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁴— se reparten entre ocho municipios de gran población, en línea con la habilitación del art. 46.4 LCSP, y otros cuatro casos de municipios de régimen general, que, por tanto, resultarían de la habilitación realizada por la normativa autonómica²⁵.

22. Los convenios vigentes pueden consultarse en la página web del TACRC (último acceso, junio 2024): <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/tacrc/paginas/conveniossobreatribuci%C3%B3ndecompetenciasaltribunal.aspx>.

23. En buena parte de los casos, estos órganos asumen también la resolución de los recursos de los municipios de su respectivo ámbito territorial que suscriben convenios con ellos.

24. La creación del Tribunal Administrativo Municipal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Zaragoza fue anulada, por cuestiones procedimentales, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de marzo de 2022, rec. núm. 374/2020.

25. Véase apartado 3.2 de este capítulo.

Finalmente, conviene precisar —como contiene también la tabla de referencia— que tanto en el nivel central (Cortes Generales) como en algunas de las comunidades autónomas se han creado órganos específicos para conocer de los recursos especiales en el ámbito de los respectivos parlamentos y otras instituciones de relevancia constitucional (Defensor del Pueblo, Junta Electoral Central) o estatutaria (defensores y tribunales de cuentas autonómicos, entre otros)²⁶. No obstante, la peculiar configuración organizativa que, especialmente en algunos casos, han recibido estos órganos —amparados bajo la autonomía parlamentaria— merece tomar con cautela su análisis y, muy especialmente, su comparación y tratamiento en términos de igualdad con el resto de órganos de recursos contractuales de naturaleza administrativa, requiriendo un estudio más detallado del que aquí podemos dispensar.

2.2. Evolución y características actuales de la planta de los TARC

De las disposiciones de la LCSP que hemos descrito en el primer apartado de este trabajo (arts. 45 y 46) resulta una planta de los TARC que podríamos caracterizar a partir de los siguientes rasgos: territorialización y complejidad, flexibilidad o apertura y asimetría y diversidad organizativas. Características que, aunque con algunos matices, vienen a confirmarse en la aplicación práctica del modelo legal a través de los órganos efectivamente creados durante la ya más de una década desde la previsión del TACRC a través de la Ley 34/2010.

a) En primer lugar, el diseño legal de la planta de los TARC parte, en efecto, de un *modelo territorialmente descentralizado* para la resolución del recurso especial de contratación pública. Como se ha visto, dicha función no la atribuye, de entrada, el legislador a un único órgano, sino que se prevé la posible existencia de una pluralidad de órganos de control. Pluralidad que, como sabemos, puede extenderse a los tres niveles de gobierno y administración en que se organiza territorialmente el Estado autonómico: central (TACRC), autonómica y local, teniendo en cuenta, además, que, en este último nivel, pueden existir TARC tanto en el ámbito municipal como en el provincial. A ello cabe añadir, además, la posibilidad de que, en el nivel central, se creen órganos desconcentrados (tribunales administrativos terri-

26. En otras comunidades autónomas, la competencia para la resolución de los recursos especiales de estos órganos parlamentarios o asimilados se ha atribuido al TACRC (p. ej., en el caso de las Cortes de Castilla-La Mancha y las Cortes de la Comunidad Valenciana). En otras comunidades autónomas que cuentan con TARC propio (de tipo administrativo) la competencia se ha atribuido a este, sin crear uno específicamente para los órganos parlamentarios (p. ej., Extremadura o Navarra).

toriales), que, si bien no supondrían una efectiva descentralización, sí contribuirían a incrementar el número de eventuales órganos resolutorios.

Como consecuencia de lo anterior, el diseño de la planta previsto por la LCSP puede calificarse de *potencialmente complejo*, dada la multiplicidad de órganos que pueden estar llamados a resolver los recursos contractuales. Precisamente la proliferación de órganos más allá del nivel central se ha visto como un factor que pueda generar dificultades en la determinación del órgano competente, así como una mayor disparidad de criterios en la argumentación y en el sentido de las resoluciones, siendo ya criticado tempranamente por la doctrina en atención a su eventual afectación a la unidad de mercado o incluso a las garantías de defensa de los recurrentes (Santamaría Pastor, 2015: 49-51). No obstante, conviene no olvidar que, desde un punto de vista general, tal opción descentralizadora —con sus ventajas e inconvenientes— no deja de ser una manifestación más del Estado autonómico constitucional, y que, más específicamente, la propia LCSP no es ajena a estos problemas y dispone mecanismos que pueden compensar las dificultades derivadas de dicha pluralidad territorial. A la posibilidad ya citada de formalizar convenios que atribuyan la competencia de los procedimientos autonómicos al tribunal central (art. 46.2 LCSP), cabe añadir también la explícita llamada a la coordinación entre los distintos órganos de control con la finalidad de “garantizar la coherencia” y “la unificación de doctrina” (disposición adicional 23.^a LCSP)²⁷; coordinación que, como incluso reconocen las posiciones críticas anteriormente apuntadas (Santamaría Pastor, 2015: 50), viene llevándose a cabo de forma efectiva y eficaz en la práctica²⁸.

b) En segundo término, y matizando el alcance de la anterior característica, cabe insistir en que la planta diseñada por la LCSP responde a un *modelo abierto o flexible*, puesto que el legislador básico no fija de forma

27. En particular, dicha disposición establece: “Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos”.

28. Aunque reconoce que, en la realidad, hay un “empeño ejemplar” y una “buena voluntad” en mantener una cierta unidad de doctrina, este autor es escéptico en cuanto a la perdurabilidad de esta práctica coordinadora, que atribuye más bien a la coincidencia de color político en los Gobiernos de las comunidades autónomas que han suscrito estos convenios. En cualquier caso, conviene añadir que, con el paso de los años, se han consolidado algunos instrumentos que sí inciden en este camino, como las reuniones periódicas de coordinación de los distintos TARC, que han alcanzado ya su XII edición el pasado abril de 2022.

definitiva el órgano competente en todos y cada uno de los supuestos, sino que permite que sean las comunidades autónomas y las entidades locales (o algunas de ellas) las que, en ejercicio de su autonomía organizativa, decidan —con los límites legalmente previstos— si crean o no sus propios órganos de resolución de recursos. En consecuencia, *a priori*, el modelo legal podría traducirse tanto en una planta altamente centralizada, con la competencia exclusiva del TACRC (en el supuesto en que se suscribiesen los convenios oportunos y no se creasen órganos autonómicos ni locales), como en una planta que contase incluso con cuatro niveles territoriales distintos de resolución de recursos (estatal, autonómico, provincial y municipal). Esta apertura del modelo previsto en la ley dota al sistema de resolución de recursos de un mayor dinamismo y mutabilidad, lo que, si bien puede ser positivo en términos de mayor adaptabilidad a los cambios, conlleva —cuando menos *a priori*— una menor estabilidad y, por tanto, menor certeza y seguridad jurídica.

En la práctica, lo cierto es que esta apertura ha dado lugar a dos tendencias, en cierto modo, opuestas en la configuración de la planta administrativa de los TARC. Como ya se ha dicho, la planta —considerada en su conjunto— cuenta con una amplia pluralidad de órganos de recursos, habiéndose creado, junto al TACRC, tanto órganos de ámbito autonómico como municipales y provinciales. Si nos centramos ahora en la evolución temporal, podemos hablar, en efecto, de una tendencia a la estabilización de la cantidad de TARC autonómicos, de manera que, tras el auge en su creación en los primeros años (2010-2013), desde la creación del TARC de Canarias en 2015 su número se ha quedado en la decena²⁹. Por otra parte, en lo que se refiere al nivel local, a pesar de la imposibilidad de precisar cifras absolutas con total exactitud, lo cierto es que cabe identificar una cierta tendencia decreciente en la creación de órganos propios de recursos contractuales, especialmente después de unos primeros años de un cierto auge. Así, en términos generales, algunos de los órganos locales que se constituyeron entre 2011 y 2015, concentrados esencialmente en la Comunidad de Andalucía, han sido posteriormente extinguidos o bien parecen dar muestras de una cierta paralización en su actividad, especialmente en algunas diputaciones

29. Escapan a esta estabilización los órganos de recursos contractuales de los órganos constitucionales o análogos (aquellos que controlan la contratación pública de los órganos no integrados en el poder ejecutivo, fundamentalmente los Parlamentos autonómicos), que sí han seguido creándose hasta la actualidad. Véase, por ejemplo, la reciente creación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento Vasco (Boletín Oficial del País Vasco núm. 122, de 24 de junio de 2022).

y en municipios de menor población³⁰, habiéndose reducido notablemente desde entonces los TARC de ámbito local de nueva creación³¹.

c) Finalmente, la planta de los TARC se caracteriza también por su *asimetría*, esto es, por una desigual distribución territorial de los órganos de recursos contractuales a lo largo del conjunto del Estado. Precisamente la apertura del modelo a la que hacíamos referencia, y el diverso grado de ejercicio de la autonomía tanto de las distintas comunidades autónomas como de las entidades locales habilitadas a ello, han dado como resultado una planta administrativa de los TARC con una implantación territorial diversa o asimétrica. Así, dentro del marco de la LCSP, las opciones tomadas por las diferentes comunidades autónomas han ido desde la creación de un órgano autonómico propio hasta la atribución de esta función al consejo consultivo autonómico, o bien la firma de convenio con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Por otra parte, en lo que al nivel local se refiere, la diversidad se manifiesta también en distintas opciones: más allá de la habilitación básica a los municipios de gran población y las diputaciones provinciales a crear sus propios órganos de control, algunas normativas autonómicas hacen convivir tal posibilidad con la atribución al órgano autonómico de la resolución de los recursos de ámbito local, o bien han ampliado o generalizado la creación de órganos propios en otras entidades locales o el conjunto de ellas. A su vez, en aquellos casos en que la comunidad autónoma ha firmado el convenio con el TACRC, es este quien conoce también de los recursos especiales en materia de contratación del ámbito local.

En definitiva, hasta el momento, la combinación y aplicación práctica de todas estas opciones normativas ha dado como resultado una asimetría en la implantación territorial de los TARC, que podemos expresar a través de la identificación de distintos grados de territorialización de la función de resolución de recursos contractuales en las distintas comunidades autónomas³²:

1. Comunidades autónomas con una planta administrativa de un único nivel (central), que diseña un modelo concentrado o centra-

30. Así, por ejemplo, consta la extinción de los órganos de recursos contractuales de la Diputación de Jaén o de los municipios de El Puerto de Santa María, La Línea de la Concepción y Alcalá de Guadaíra, entre otros.

31. Por el momento, puede destacarse la creación del TARC del Ayuntamiento de Jerez y del de Almería en 2022.

32. Téngase en cuenta que los niveles a los que nos referimos a continuación no son niveles acumulativos en los que la resolución de los recursos administrativos pueda ser objeto de varios pronunciamientos en vía administrativa, sino que lo que significa es que, en determinadas comunidades autónomas, la única instancia competente podrá ser distinta según el ámbito territorial del poder adjudicador de que se trate.

- lizado donde el TARC es el órgano competente de forma exclusiva para conocer todos los recursos contractuales independientemente de su ámbito territorial: Castilla-La Mancha, Cantabria, I. Balears, C. Valenciana, P. Asturias, La Rioja, Melilla y Ceuta. Son los supuestos en que las comunidades autónomas han firmado convenio con el TARC, que asume, como hemos dicho, los recursos de ámbito tanto autonómico como local.
2. Comunidades autónomas con una planta organizada en dos niveles (central y autonómico): Aragón, Cataluña, Madrid, Navarra y Galicia. Se trata de comunidades autónomas que han creado su propio órgano autonómico de resolución de recursos, pero, en cambio, no cuentan con ninguna manifestación de TARC en el nivel local.
 3. Comunidades autónomas con una planta de hasta tres niveles territoriales (central, autonómico y local): Andalucía, Euskadi y las Islas Canarias, en cuyos tres casos existen manifestaciones de órganos tanto municipales como supramunicipales. Conviene aclarar, sin embargo, que solo en el caso de Euskadi puede hablarse propiamente de una generalización del nivel local, en cuanto que, además de algunos municipios, cuentan con órganos propios la totalidad de los tres territorios históricos. No obstante, es Andalucía la comunidad que concentra, en la práctica, el mayor número de TARC propios de ámbito local.

3. En particular, la creación de los TARC en el ámbito local

Expuestas la regulación, composición y características de la planta administrativa de resolución de recursos contractuales en su conjunto, parece oportuno detenerse en la configuración de los TARC en el nivel local. Oportunidad que viene justificada por el escaso tratamiento que esta cuestión ha tenido hasta el momento, no solo por parte de la doctrina, sino especialmente desde un enfoque más empírico o práctico. Sin duda las dificultades de acceso a los datos sobre el número y las características de TARC creados efectivamente por las entidades locales explican dicho estado de la cuestión, a la vez que justifican que, por el momento, nuestra aproximación deba ser todavía provisional y sometida, por tanto, a próximas revisiones. Bajo esta premisa, el examen del papel que deben tener los órganos locales para la resolución de recursos en materia de contratación pública pasa por recordar las reglas previstas para su creación, los modelos existentes en la práctica y, en fin, las principales críticas vertidas hacia su exis-

tencia, como paso previo a una valoración que permita diseñar algunas propuestas de mejora.

3.1. Reglas previstas y cuestiones competenciales en la creación de los TARC locales

Como se ha explicado, la regulación de la LCSP configura un modelo territorializado, aunque abierto y potencialmente complejo y diverso o asimétrico. En este contexto, la regulación básica sobre los órganos de recursos contractuales de ámbito local dispuesta en el art. 46.4 LCSP puede explicarse a partir de una regla general, otra supletoria (hoy derogada) y otra regla especial. Reglas que, en cualquier caso, merecen algunas explicaciones adicionales desde una perspectiva competencial.

Como regla general, la LCSP remite la determinación del órgano encargado de resolver los recursos administrativos especiales en materia de contratación a la normativa autonómica que corresponda. Opción que, ciertamente, parece la más coherente con la competencia legislativa de las comunidades autónomas, en atención a las previsiones de los respectivos estatutos de autonomía. El Estado puede tener competencia, en virtud de los títulos del art. 149.1.18 CE (legislación básica en contratación pública o régimen jurídico de las Administraciones públicas), sobre la posibilidad de crear los órganos locales de recursos contractuales, pero no para determinar por completo su composición y funcionamiento. De hecho, no está en juego solo la competencia del legislador autonómico de desarrollo, sino que este deberá también respetar la potestad de autoorganización local en ejercicio de su autonomía constitucionalmente garantizada (Velasco y Díez, 2017).

En segundo término, el art. 46.4 LCSP disponía también una regla supletoria, que fijaba que, en el caso de que la normativa autonómica no contenga ninguna previsión expresa al respecto, la competencia para la resolución de dichos recursos debe atribuirse al mismo órgano al que la comunidad autónoma haya atribuido la competencia para resolver los recursos contractuales que se planteen en el ámbito autonómico. No obstante, esta regla fue declarada inconstitucional por la STC 68/2021, de 18 de marzo [FJ 9.a)], en aplicación de su conocida doctrina sobre la prohibición al Estado de aprobar normas supletorias allá donde no cuenta con título competencial específico, sin que quepa tampoco invocar la cláusula del art. 149.3 CE (SSTC 118/1996 y 61/1997). En consecuencia, esta regla supletoria ha sido derogada y no opera hoy como tal.

La que sí debe tenerse en consideración es la regla especial establecida por el tercer párrafo del art. 46.4 LCSP. Como ya hemos avanzado, se habilita también a determinados tipos de entes locales —en concreto, a los municipios de gran población y a las provincias— para que puedan crear sus propios tribunales administrativos de contratos. Sobre ello, conviene insistir en que lo que hace aquí el legislador básico estatal es establecer una garantía de la autonomía local, asegurando que estas entidades locales podrán crear sus propios órganos locales de recursos. Tal garantía se limita, sin embargo, únicamente a unos tipos de entidades locales: municipios de gran población (determinados en aplicación del título X de la LBRL) y provincias. Se excluyen, por tanto, de esta garantía los municipios de régimen común y también el resto de tipos de entidades locales supramunicipales o incluso inframunicipales, donde existan. La garantía sí se extiende expresamente a los órganos forales de los territorios históricos (art. 46.5) y también al resto de entidades locales supramunicipales previstas por los respectivos estatutos de autonomía (vía el apartado 12 de la DA 2.ª LCSP; Velasco y Díez, 2017). Adviértase que lo se excluye es la garantía con carácter básico, pero no la posibilidad de que —vía habilitación a través del legislador autonómico— estos otros entes locales puedan acabar creando sus propios TARC, como se ha previsto expresamente tanto en la normativa andaluza como en la vasca y en la canaria. En ausencia de esta normativa, la creación de órganos locales en el resto de municipios de régimen común, y sobre todo en entidades supramunicipales no constitucionalmente obligatorias (mancomunidades de municipios, áreas metropolitanas, comarcas), habría que buscarla en el fundamento estatutario o legal de su autonomía local y, en especial, en su potestad de autoorganización. A nuestro juicio, aunque no sería necesariamente contrario a derecho (otra opinión, Almeida Cerredá, 2023), no sería lo más favorable a la autonomía local abogar por que, en dichos casos, fuese sin más el órgano estatal o autonómico el competente.

Para los municipios de régimen común, lo que sí prevé expresamente la LCSP es que puedan atribuir su competencia a las diputaciones provinciales de su territorio (art. 46.4, párrafo 3.º, *in fine*). Lo que, por otra parte, no deja de ser una manifestación más de la funcionalidad típica de la provincia (cooperación y asistencia técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad de gestión)³³.

33. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de la Diputación de Granada, que ha creado su propio TARC y que cuenta con 49 municipios adheridos, de manera que los recursos presentados en sede municipal los resuelve el órgano provincial.

La LCSP fija también, en relación con los TARC locales, que “la constitución, funcionamiento y los requisitos que deban reunir sus miembros, su nombramiento, su remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezcan la legislación autonómica, o en su defecto, por lo establecido en el art. 45 LCSP”. Al respecto, ya nos hemos referido a la justificación de la competencia legislativa autonómica de esta cuestión y el necesario respeto a la potestad de autoorganización local. Conviene solo ahora precisar que, como ya se advirtió por la doctrina, en este caso, la remisión al art. 45 LCSP no debe considerarse una supletoriedad directa prohibida, sino una legítima integración de una laguna a través de la regulación prevista para el TACRC (Velasco y Díez, 2017). En línea con el necesario respeto a la autonomía local por parte del legislador se encuentra la previsión de que sea el pleno el competente para acordar su creación y nombrar y remover a los miembros, estableciéndose como únicas limitaciones que “la terminación de su mandato debe estar sujeta a plazo” y que “la revocabilidad debe estar sujeta a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad”, lo que, por otra parte, son aspectos exigidos por las directivas.

3.2. Modelos organizativos existentes

Como hemos señalado, en la práctica, las legislaciones autonómicas han tomado distintas opciones en cuanto a la atribución de la competencia de los recursos presentados en los procedimientos de contratación de las entidades locales. Al menos, cabe identificar las siguientes:

a) La atribución al órgano autonómico de la resolución de los recursos, sin perjuicio de la posible existencia de órganos locales propios en los municipios de gran población y provincias, lo que, sin embargo, no sucede en estos casos (por ejemplo, Aragón, Cataluña, Madrid, Navarra, Galicia, Castilla y León y Extremadura).

b) La atribución de la resolución de los recursos locales al TACRC, a través de la firma del correspondiente convenio con la comunidad autónoma, que ha decidido no crear, por tanto, su propio órgano autonómico de resolución de recursos. Nada impediría tampoco que, en estos casos, pudiesen crearse órganos locales en los casos previstos por el art. 46.4 LCSP, pero, como en el supuesto anterior, es algo que no consta que haya sucedido (son los casos de Castilla-La Mancha, Cantabria, I. Balears, C. Valenciana, P. Asturias, La Rioja, Melilla y Ceuta).

c) Por otra parte, sí existe alguna normativa autonómica que, con independencia de que haya creado o no un órgano autonómico propio, contempla la

posible creación por los entes locales de órganos de nivel local, yendo más allá de la posibilidad establecida por la LCSP. Al respecto, las opciones aprobadas hasta la fecha son también diversas. Mientras la legislación vasca ha ampliado esta posibilidad a los municipios (sean o no de gran población) que tengan más de 50 000 habitantes³⁴, fue la normativa andaluza la primera en habilitar expresamente la creación de TARC propios a todas las entidades locales con carácter general, con independencia, por tanto, de su número de población o cualquier otra condición³⁵. Por su parte, la legislación canaria optó también por esa posibilidad, remitiendo la decisión a la normativa propia de las “administraciones locales”, si bien prevé expresamente la posibilidad de que estas puedan decidir firmar el correspondiente convenio con el órgano autonómico canario para atribuirle la competencia de resolución de los recursos locales³⁶.

d) Finalmente, existe un último modelo adoptado recientemente por la Comunidad Autónoma de Aragón, en el que expresamente se prohíbe la creación de TARC por parte de otras entidades locales que no sean las expresamente habilitadas por la LCSP (art. 134.2 Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón). Esta previsión, que claramente se sitúa al servicio de las críticas doctrinales a la proliferación excesiva de TARC en el ámbito local, puede presentar, a nuestro juicio, algunas dificultades desde el punto de vista de su respeto a la autonomía local, especialmente en la medida en que la prohibición es genérica y sin matices, sin establecer, por ejemplo, excepciones cuando puedan existir razones suficientes (p. ej., de eficacia o eficiencia) que puedan justificar la creación de estos órganos.

3.3. Críticas doctrinales

Llegados a este punto, conviene poner de relieve que la creación por parte de las entidades locales de sus propios órganos de resolución de recursos en materia de contratación pública no es una cuestión pacíficamente aceptada (Razquin Lizarraga, 2018). Por el contrario, aunque como hemos visto el ordenamiento español sí admite esta posibilidad —incluso garantiza que así puedan hacerlo algunos tipos de entidades locales—, lo cierto es que esta opción ha sido cuestionada por la doctrina, en atención a distintos argumentos (entre otros, Santamaría Pastor, 2015; Gimeno Feliu, 2018; García Urquiza, 2023). A continuación, sistematizamos los principales, a la vez que

34. Ley 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de Euskadi (DA 8.ª, 2).

35. Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, de creación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (art. 10).

36. Decreto 10/2015, de 12 de febrero, de creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (arts. 2.3 y 2.4).

—siquiera brevemente— los sometemos a réplica, con el objetivo de ponderar adecuadamente la oportunidad y necesidad de que la planta de recursos contractuales se extienda o no también a este nivel local.

Un primer argumento —al que ya nos hemos referido— es el de la afectación a la *seguridad jurídica y la igualdad*. Se ha alegado que la opción por un modelo territorializado de la función de resolución de los recursos contractuales comportará una fragmentación y dispersión interpretativas, suponiendo un riesgo jurídico por la disparidad de las decisiones, así como un aumento en la situación de indefensión de los recurrentes (Santamaría Pastor, 2015: 49-51; Gimeno Feliu, 2018; Pardo García-Valdecasas, 2018: 637). Ciertamente, llevado al extremo (y creándose un órgano propio en cada municipio), esto podría llegar a suponer la existencia de hasta más de 8100 TARC de ámbito municipal. Situación que obviamente no es la deseable, pero que —a nuestro juicio— tampoco es la que está en mente de ningún legislador, básico o autonómicos. Ahora bien, este es un problema que puede considerarse inherente a un Estado complejo y descentralizado como el español, y que admite plasmaciones en grados diversos. Por tanto, no se trata de pensar en una generalización indiscriminada de estos órganos de resolución de recursos a lo largo de todo el territorio estatal, sino de buscar el nivel óptimo de territorialización de esta función, identificando cuáles deben ser los elementos que permitan considerar racional e idónea la creación de un TARC local o bien que la competencia debe pasar a un órgano territorialmente superior. Para ello, habrá que acudir seguramente no solo al factor de la población, sino también a otros elementos que permitan ponderar, por un lado, el volumen de casos que podrían plantearse (atendiendo, por ejemplo, al volumen de contratación pública y de actividad económica de la entidad local), y, por otro, los medios disponibles que capacitarían a dicho órgano para hacer frente a la eventual conflictividad de una forma especializada e independiente (personal cualificado, medios auxiliares económicos, materiales y tecnológicos suficientes, etc.)³⁷. A su vez, tomada la decisión de crear estos órganos, será imprescindible buscar mecanismos que permitan una buena co-

37. En este sentido, y aunque es uno de los órganos que no ha acabado finalmente por constituirse, a causa de su anulación por los tribunales, consideramos particularmente útil en este sentido el preámbulo del *Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Zaragoza de 7 de octubre de 2020*, cuando dispone: “La justificación de la oportunidad para la creación del Tribunal Administrativo Municipal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Zaragoza ha venido determinada, una vez se han tenido en cuenta las cifras de contratación existentes en el Ayuntamiento de Zaragoza, que han ido experimentando un crecimiento exponencial todos los años; la disponibilidad de medios tecnológicos eficaces para afrontar la tramitación procedimental del Tribunal con una reducida disponibilidad de recursos humanos y gastos de gestión; la necesidad de simplificar los trámites a los licitadores en los procedimientos administrativos para la resolución de los posibles recursos [...]”.

ordinación entre los distintos TARC locales y también con el resto de niveles territoriales que configuren la planta administrativa de recursos (tal y como, por otra parte, hemos visto que ya dispone la propia LCSP).

En un sentido similar, la eventual multiplicación de tribunales administrativos se ha concebido como un elemento que puede afectar a la *eficacia* de la función revisora o de resolución de recursos. Así, conocida la novedad incorporada por la LCSP, vino a decirse que “la proliferación de ‘Tribunales administrativos’ quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz y con ‘auctoritas’”, reclamándose frente a ello la limitación y determinación de forma clara del número de órganos de recursos contractuales (Gimeno Feliu, 2018). Lo cierto es que, si nos atenemos a la práctica posterior, no cabe hablar de tal proliferación o al menos no de una forma indiscriminada. Así, en lo que al ámbito local se refiere, y con la ya advertida provisionalidad en cuanto a las cifras, cabe decir que los órganos efectivamente creados superan escasamente la veintena y que la mayoría de ellos se concentran en la Comunidad andaluza, habiéndose detectado a su vez la extinción de un número relevante de los que se constituyeron inicialmente y existiendo dudas sobre la actividad de algunos otros (crítico con los TARC locales en Andalucía, entre otros motivos, por su ineficacia, García Urquiza, 2023).

De todos modos, a nuestro juicio, el criterio de valoración de la eficacia debería basarse en otros factores distintos del número general de órganos creados. Así, por ejemplo, aunque los datos no se refieren exclusivamente al nivel local, es de interés reflejar que diversos estudios empíricos ponen de manifiesto cómo el plazo de resolución es un elemento relevante y que, en el caso español, coadyuva a que —desde distintas posiciones— se concluya la eficacia de nuestro sistema especial de recursos contractuales por delante de otros ordenamientos, y, especialmente, en el caso de los basados en órganos jurisdiccionales ordinarios (Sibina Tomàs, 2020: 419)³⁸. No obstante, no es menos cierto que en los últimos años los plazos de resolución de los TARC españoles están sufriendo —en general— un incremento considerable, llegándose a afirmar que “ello puede comprometer su agilidad si no se ponen medios adecuados” (Díez Sastre, 2021: 137)³⁹.

38. Quien se basa en el Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de las Directivas europeas en materia de recursos en el ámbito de la contratación pública [COM (2017) 28 final, de 24 de enero], donde se indica que el 74,7 % de los encuestados en la consulta pública señalaron que los procedimientos ante órganos jurisdiccionales ordinarios llevan más tiempo y dan lugar a criterios de adjudicación menos estrictos que en el caso de los llevados ante órganos administrativos especializados.

39. Si bien es cierto que los datos de este informe se basan exclusivamente en el TACRC y los TARC de ámbito autonómico.

Adicionalmente, otro de los elementos que suelen alegarse en contra de la existencia de los TARC locales es su falta de *independencia*, que suele achacarse a factores distintos propios de las entidades locales. En ocasiones, suele derivarse esta falta de independencia de la escasa capacitación, en términos de especialización y profesionalización, de sus miembros, lo que —se dice— “se traduce en una mala calidad de su actuación y redundante en pérdida de independencia” (Pardo García-Valdecasas, 2018: 638). No obstante, las críticas más duras vienen de la tradicional asociación del escaso tamaño de la entidad de control y la proximidad con el ente controlado, que se identifican automáticamente con la falta de independencia. En este sentido, son elocuentes las palabras de Santamaría Pastor: “es un hecho incontrovertible que las posibilidades de independencia real de un órgano están siempre en función inversa del tamaño de la organización a la que pertenece y de la proximidad a los gestores a los que habrá que controlar. Es prácticamente imposible que un tribunal de contratos de un ayuntamiento de mil habitantes sea independiente de su respectiva corporación; máxime, si es ésta la que ha de fijar las retribuciones de sus miembros” (2015: 53).

Sin contradecir la esencia de esta argumentación, y, por tanto, manteniendo la necesidad de garantizar la distancia entre la Administración controlada y el órgano de control, creemos que, más allá del tamaño de la entidad local de que se trate, la independencia del TARC en cuestión requiere atender a otros elementos adicionales o complementarios. En tal sentido, es esencial que estos órganos sean integrados por personas que no hayan intervenido en ningún momento del procedimiento de contratación, que no tengan ninguna vinculación con el órgano de contratación o con la mesa de contratación u otro órgano que lo asista, circunstancias que inhabilitan para formar parte del órgano de recurso al Alcalde, al Secretario municipal y al Interventor, así como al personal del correspondiente servicio de contratación⁴⁰. Y ello es así con independencia del tamaño de la entidad de que se trate, si bien no es menos cierto que, seguramente, cuanto más personal tenga la Administración en cuestión más posibilidades habrá de encontrar un perfil cualificado y especializado que no haya intervenido en el procedimiento de contratación impugnado. En última instancia, la de la independencia es una cuestión en la que, a nuestro juicio, será de gran importancia atender a la concreta regulación que se establezca en cuanto a la forma de designación, requisitos, revocación, permanencia y demás cuestiones relativas a la composición y al funcionamiento del órgano en cada caso (sobre ello, Vilalta Reixach, 2022, y el capítulo del mismo autor en esta obra).

40. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 9/2013, de 26 de julio.

Finalmente, otro de los argumentos que suele estar presente en las críticas en la constitución de los TARC locales es el de la *autonomía local*. Aunque de forma un tanto imprecisa, son frecuentes las afirmaciones en que se trae a relucir la autonomía local para advertir que su invocación no justifica por sí sola la creación de estos órganos, o que puede ser contradictoria con las directivas de recursos (Santamaría Pastor, 2015: 53) o incluso técnicamente inadecuada (Gimeno Feliu, 2018). Más allá de estas alusiones, que como decimos no siempre acaban de precisarse en su contenido, lo cierto es que la autonomía local no solo puede ser un fundamento para la creación de los TARC locales⁴¹, sino que debe ser también un límite en la configuración de los TARC del resto de niveles territoriales, puesto que deberán respetar, en todo caso, la potestad de autoorganización de las entidades locales y, en especial, de aquellas que la tienen constitucionalmente garantizada (municipios, provincias e islas). Es por ello que, desde alguna doctrina, se ha criticado que la LCSP no haya extendido la garantía de la existencia de TARC locales también a todos los municipios de régimen común (Velasco y Díez, 2017). Entiéndase bien. Celebrando haber dejado atrás la lógica de la obligatoriedad propia de la reforma de 2003, que diera origen al título X de la LBRL y al régimen de municipios de gran población, y que supuso, por ejemplo, la problemática exigencia de órganos de control económico-administrativo en todos estos municipios (como también rechazaba Santamaría Pastor, 2015: 54), lo que se critica desde estas posiciones es que, habiendo habilitado expresamente la posibilidad de crear estos órganos a los municipios de gran población, el legislador básico no lo haya hecho también para el resto de municipios de régimen común, en lo que hubiera supuesto un refuerzo de su autonomía, especialmente frente al legislador autonómico. A ello habría que añadir que tampoco se haya previsto una solución específica para municipios como

41. Téngase en cuenta que, por ejemplo, la incorporación del art. 46.4 a la LCSP se produce por aceptación de una enmienda al articulado del Proyecto de Ley, en su tramitación en el Congreso (al informe de la Ponencia), que precisamente invoca el principio de autonomía local como fundamento para habilitar a las entidades locales la creación de sus propios TARC. En particular, la Enmienda núm. 842, del Sr. Homs Molist (Grupo Mixto), apartado 4 (BOE Serie A núm. 2-2, de 16 de marzo de 2017, pp. 646-647), dispuso:

“El sometimiento de los actos administrativos de los ayuntamientos y Diputaciones provinciales en materia contractual a la revisión de los órganos administrativos de otra Administración territorial (en este caso de la Comunidad Autónoma) es incompatible con la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Este fue el motivo por el que los actos dictados por dichas Entidades en materia tributaria dejarán de estar sujetos a la revisión de los tribunales económico-administrativos del Estado. Por ello, debe reconocerse la competencia de Ayuntamientos y Diputaciones para crear sus propios órganos de resolución de los recursos contractuales, si bien teniendo en cuenta que muchos municipios carecen de medios humanos y económicos para hacerlo, carencia que debe ser suplida por las Diputaciones provinciales en el ejercicio de las competencias de asistencia y cooperación que les reconoce la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local”.

Madrid o Barcelona, que, como es sabido, cuentan con su propio régimen especial (excluido de la aplicación del título X LBRL), y que, seguramente por sus características poblacionales, económicas, etc., podrían requerir, con mayor justificación, un órgano de control propio.

4. Una valoración provisional: hacia la oportunidad y racionalidad de la planta (local) de los TARC

Llegados a este punto, a modo de recapitulación, cabe señalar que la planta administrativa para la resolución de recursos contractuales responde hoy a un modelo territorializado o descentralizado, si bien abierto o dinámico y asimétrico, que lo dota de una cierta complejidad, especialmente a la hora de identificar con total seguridad jurídica cuáles son los órganos competentes en cada caso, y que exige una cierta coordinación entre la pluralidad de órganos efectivamente creados en los diferentes niveles. Modelo que, en cualquier caso, hasta la fecha, parece cumplir con adecuada eficacia su función de control en garantía de los derechos de los licitadores, habiéndose convertido en “la referencia a la hora de establecer las principales líneas de interpretación y aplicación del Derecho de la contratación pública en nuestro país”, de modo que “[e]l reto consiste ahora en garantizar los medios adecuados para sostener su buen funcionamiento” (Díez Sastre, 2020: 123).

En este contexto, el diseño de la planta puede considerarse también un elemento relevante en la garantía de dicho buen funcionamiento. No en vano la determinación de los órganos competentes y sus características es el fundamento sobre el que construir el procedimiento de cualquier recurso, también el especial en materia de contratación pública. En este sentido, una de las cuestiones que hemos visto que suscita menor consenso es la de la configuración de un nivel local de resolución de recursos y, en particular, qué entidades locales y en qué términos deben poder constituir sus propios TARC. Desde un punto de vista teórico, los problemas pueden venir de su eventual afectación a la seguridad jurídica, a la eficacia o incluso a la independencia en la resolución de estos recursos, dadas las propias características de la planta local española. Además, las dificultades para acceder a los datos exactos de los órganos efectivamente creados y con actividad en el ámbito local complican la posibilidad de elaborar un diagnóstico adecuado del que partir. A partir de lo explicado hasta aquí y de los datos con los que contamos, podemos avanzar —siquiera provisionalmente— algunas ideas a modo de propuestas de mejora.

De entrada, conviene identificar los principales objetivos a los que debe responder la creación de un órgano local de recursos contractuales, que, a

nuestro juicio, pueden sintetizarse en dos. En primer lugar, en la garantía de una mayor eficacia de los derechos de los licitadores. En el actual contexto, en una planta en que ya existen un TARC central y sendos órganos autonómicos, la funcionalidad de los órganos locales aumentará cuando la eficacia de estos otros órganos esté viéndose disminuida. En este sentido, los datos disponibles muestran una tendencia de progresivo incremento de los nuevos asuntos en todos los TARC, y que, a pesar del notable esfuerzo por mejorar la tasa de resolución, se ha generalizado también un aumento en la duración media de la resolución de los recursos por los TARC autonómicos. Datos que, por tanto, podrían justificar la oportunidad y necesidad de descargar el volumen de asuntos de los TARC (autonómicos) a través de la creación de algunos órganos locales, especialmente teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, más del 40 % de los recursos (incluso el 60 %) proceden de asuntos en que los poderes adjudicadores son entidades locales⁴². En la misma línea, otro escenario posible que podría venir a justificar la existencia de TARC locales sería el de la apuesta definitiva por un modelo de control de la contratación pública que eliminase los recursos ordinarios y ampliase, por tanto, el ámbito de aplicación del recurso especial hasta identificarlo con la totalidad de los procedimientos de contratación pública. En esta hipótesis, que avanzaría también en la línea de una “justicia administrativa dual” (Mallaret García, 2016), podría hallar fácilmente un espacio el papel de los TARC locales (Mora Ruiz, 2017).

Además de por la mejora de la eficacia, en segundo término, la creación de los TARC locales se justifica también por la optimización del principio de autonomía local. Como ya hemos dicho, no se trata de ejercer la autonomía local por la autonomía en sí misma, sino por que tal ejercicio sirva para responder efectivamente a las necesidades de la propia comunidad local, lo que a su vez satisfará los principios de proximidad, subsidiariedad y descentralización, que son también básicos de nuestro modelo de organización territorial del poder público⁴³. En tal sentido, es importante que la decisión organizativa de los entes locales de crear su propio TARC se base en factores que vayan más allá de consideraciones exclusivamente políticas o simplemente que atiendan al factor poblacional en abstracto, siendo de interés, por ejemplo, la ponderación de aspectos como el volumen de actividad contractual por parte de tal Administración local, los medios (personales, materiales y tecnológicos, etc.) con los que se cuenta para hacer frente a

42. Todos estos datos son extraídos de Díez Sastre (2020: 123-139).

43. Téngase en cuenta aquí el papel de la Carta Europea de Autonomía Local, adoptada en 1985 y ratificada por España mediante Instrumento de 20 de enero de 1988 (Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1989).

la actividad de control que se prevea, así como el propio contexto normativo y organizativo en relación con la materia de contratación pública.

En fin, no cabe olvidar que la garantía de la eficacia de la autonomía local debe ir acompañada en todo caso, de conformidad con las directivas de recursos, de la independencia, especialización y calificación jurídica de los miembros de los TARC, sin que puedan escapar de ello los de ámbito local.

Así las cosas, creemos que la mejora de la planta administrativa en la resolución de recursos contractuales puede pasar por la potenciación del papel de las diputaciones provinciales (o entidades supramunicipales equivalentes) como órganos competentes, de modo que se conviertan en el TARC local de referencia de su respectiva provincia, pudiendo llegar a tener, incluso, carácter obligatorio, por ejemplo, allí donde no exista TARC autonómico.

A nuestro juicio, las ventajas de optar por los TARC provinciales son claras, puesto que contribuyen a cumplir con los objetivos de eficacia, autonomía local e independencia. En primer término, parece claro que al menos buena parte de las diputaciones provinciales están capacitadas para cumplir eficazmente con dicha función, puesto que no en vano el núcleo de su autonomía constitucional se corresponde con la función de cooperación y asistencia a los municipios, entre ella la de tipo jurídico y técnico, que debería poder garantizar la existencia de personal especializado y cualificado jurídicamente en materia de contratación pública, lo que seguramente debería reforzarse con más medios propios. Por otra parte, es evidente que la creación del TARC provincial asegura que la resolución de los recursos interpuestos contra las entidades locales se mantiene en el nivel territorial local, lo que claramente potencia la autonomía local, en cuanto que municipios y provincias integran un mismo nivel de gobierno (el local). A la vez, sin embargo, la atribución a las provincias de los recursos de los procedimientos de contratación municipal de su territorio permite introducir una cierta distancia (supramunicipal) que contribuye a superar las críticas sobre la falta de independencia en que pueden incurrir los TARC municipales por su proximidad y menor tamaño. Siendo claros, por tanto, los beneficios, no deben esconderse algunas dudas en esta propuesta. Así, a la eterna indefinición en que sigue instalada la instancia provincial en nuestro sistema de gobierno local, incluso tras la última gran reforma local de 2013, que parecía querer potenciarla y dotarla de mayores funciones en el marco de la garantía de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, cabe añadir que la práctica pone de relieve ya algunos casos en que, habiéndose creado inicialmente el TARC provincial, pasados unos años, se ha procedido a su supresión (p. ej., Diputación de Jaén). Es por ello que, tal y como hemos

iniciado nuestro trabajo, la confirmación de esta propuesta, junto a buena parte de los resultados prácticos que hemos apuntado hasta aquí, debe esperar a su contraste no solo con las eventuales aportaciones que generosamente puedan realizarse en el seno del grupo de trabajo de este congreso, sino también a partir del desarrollo de un próximo trabajo de campo en los propios TARC locales, que esperamos pueda ver la luz lo más pronto posible.

5. Bibliografía

- Almeida Cerredá, M. (2022). Algunas propuestas para alcanzar una adecuada ponderación del principio de autonomía local y del principio de racionalización de las estructuras administrativas en el diseño de la planta de los tribunales de recursos contractuales. *Acento Local* [blog], 3-10-2022. Disponible en: <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/algunas-propuestas-para-alcanzar-una-adecuada-ponderacion-del-principio-de-autonomia-local-y-del-principio-de-racionalizacion-de-las-estructuras-administrativas-en-el-diseno-de-la-planta-de-los-tribun/>.
- Díez Sastre, S. (2012a). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- (2012b). El recurso especial en materia de contratación pública. *Anuario de Derecho Municipal*, 5, 127-162.
 - (2020). Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública. En S. Díez Sastre (dir.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2020* (pp. 115-158). Madrid: CIJA-UAM – CGPJ.
- García Urquiza, B. (2023). Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en Andalucía. *El Derecho.com* [blog], 8-2-2023. Disponible en: <https://elderecho.com/tribunales-administrativos-recursos-contractuales-andalucia>.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (2013). 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*, 47, 87-102.
- (2018). Reflexiones sobre la planta del sistema de los tribunales administrativos de resolución del recurso especial desde la perspectiva de efecto útil de las previsiones europeas de control eficaz y el modelo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Hacia un modelo independiente y profesionalizado (pp. 1775-1790). En M. Vaquer Caballería, Á. M. Moreno Molina y A. Descalzo González (coords.). *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (Vol. 2, Capítulo II Estado social y administración pública). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Malaret Garcia, E. (2016). Hacia un modelo de justicia dual: Tribunales administrativos y Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Instituciones Administrativas e instancias jurisdiccionales. Una perspectiva necesariamente de conjunto del control de la actividad administrativa. En J. Agudo González (dir.). *Control administrativo y justicia administrativa*. Madrid: INAP.
- Mora Ruiz, M. (2017). *El control de la contratación pública local: construcción sistemática: análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi – Universidad de Huelva.
- Pardo García-Valdecasas, J. J. (2018). El recurso en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 599-638). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Razquin Lizarraga, M. M.^a (2018). Los poderes de los tribunales administrativos de recursos contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En M. Vaquer Caballería, Á. M. Moreno Molina y A. Descalzo González (coords.). *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (Vol. 2, Capítulo II Estado social y administración pública, pp. 1695-1721).
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los Recursos Especiales en Materia de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Sibina Tomàs, D. (2020). Tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC) y control jurisdiccional. En E. Malaret García (dir.). *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial* (pp. 417-470). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. (2017). Los órganos de recursos contractuales de las entidades locales. *Instituto de Derecho Local - UAM* [blog], 27-10-2017. Disponible en <https://www.idluam.org/blog/los-organos-de-recursos-contractuales-de-las-entidades-locales-silvia-diez-sastre-y-francisco-velasco-caballero/>.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 18, 119-136.

6. Anexo: Listado de TARC existentes

A) Ámbito estatal

- *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* (TACRC). Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector

- Público (art. 45), y Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- *Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales (TRCCG)*. (Resolución de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta).

B) Ámbito autonómico

B.1) Órganos de recursos del sector público autonómico

- *Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la C. A. de Euskadi (OARCE)*. Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011.
- *Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM)*. Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público (art. 3).
- *Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP)*. Ley 7/2011, de 27 de julio, de Medidas Fiscales y Financieras, y desarrollado por el Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y funcionamiento.
- *Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)*. Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA)*. Decreto 332/2011, de 2 de noviembre.
- *Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (TACPN)*. Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.
- *Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la C. A. de Galicia (TACGal)*. Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.
- *Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (TACPCan)*. Decreto 10/2015, de 12 de febrero.

- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCyL)*. Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.
- *Comisión Jurídica de Extremadura (CJEx)*. Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DA), y desarrollada en el Decreto 1/2022, de 12 de enero (título III).

B.2) Órganos de recursos de las asambleas legislativas y asimilados

- *Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña*. (Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña, de 1 de marzo de 2011, sustituido por el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 23 de febrero de 2016).
- *Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón*. (Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón de 13 de febrero de 2013).
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía*. (Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía de fecha 20 de marzo de 2013, modificado por Acuerdo de fecha 10 de abril de 2019).
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Canarias*. Constituido por las Normas reguladoras del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Canarias. (Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 27 de abril de 2017).
- *Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Asamblea de Madrid (TACPAM)*. (Acuerdo de la Mesa de la Asamblea de 10 de octubre de 2011, por la que se modificó el Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea de Madrid).
- *Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de las Islas Baleares*. (Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 18 de mayo de 2016, sustituido posteriormente por el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 12 de enero de 2022).
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento Vasco*.
- *Tribunal Administrativo de Contratación Pública del Parlamento de Cantabria*. (Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 20 de enero de 2012, de modificación del Reglamento de Gobierno y Régimen Interior del Parlamento de Cantabria).

- *Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Castilla y León.* (Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Castilla y León de 4 de julio de 2013).

C) Ámbito foral

- *Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Araba.* Decreto Foral 44/2010, del Consejo de Diputados de 28 de septiembre, que aprueba la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales.
- *Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa.* Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales.
- *Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Bizkaia.* Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, de creación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales.

D) Ámbito local

D.1) Ámbito supramunicipal

- *Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada.* Reglamento de Organización y Funcionamiento del TARC de la Diputación de Granada. BOP Granada núm. 61, de 31 de diciembre de 2012.
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Cádiz.* Reglamento de Organización y Funcionamiento del TARC de la Diputación de Cádiz. BOP Cádiz núm. 61, de 1 de abril de 2014.
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Málaga.* Reglamento regulador de funcionamiento del TARC de la Diputación de Málaga. BOP de Málaga, núm. 114, de 17 de junio de 2013.
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Huelva.* Reglamento de Organización y Funcionamiento TARC Huelva. BOP de Huelva núm. 63, de 1 de abril de 2022.
- *Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos.* Reglamento Orgánico por el que se crea el Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos, de 4 de diciembre de 2015.

D.2) Ámbito municipal

- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Córdoba.* Reglamento de funcionamiento del TARC del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba. BOP Córdoba, núm. 53, de 19 de marzo de 2013.
- *Tribunal Administrativo de Contratos Públicos del Ayuntamiento de Granada.* Reglamento de funcionamiento del Tribunal de Contratos Públicos del Ayuntamiento de Granada. BOP Granada núm. 33, de 17 de febrero de 2012 (y modificación BOP núm. 125, de 4 de julio).
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga.* Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de 11 de octubre de 2012 (BOP Málaga de 31 de octubre de 2012).
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla.* Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla, de 25 de mayo de 2012.
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera.*
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Marbella.* Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Marbella (BOP núm. 210, de 31 de octubre).
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Almería.* Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Almería, de 21 de abril de 2022 (BOP Almería núm. 96, 20 de mayo 2022).
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Mijas.* Reglamento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Mijas (BOP Málaga 9 de julio de 2014).
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Torremolinos.* Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 8 de marzo de 2013.
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Estepona.* Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Estepona de 21 de marzo de 2013.
- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Linares.* Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Linares de 9 de mayo de 2013.

- *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Los Palacios y Villafranca. Decreto de Alcaldía 352/2013, de 6 de febrero de 2013.*

CAPÍTULO V

Responsabilidad patrimonial por daños causados como consecuencia del funcionamiento de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Alfredo Galán Galán

*Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad de Barcelona*

SUMARIO. **1. Régimen de responsabilidad aplicable a los tribunales administrativos de recursos contractuales.** **2. Notas características del régimen de responsabilidad de los tribunales administrativos de recursos contractuales.** 2.1. Es el régimen de responsabilidad propio de la Administración. 2.2. Es un régimen de responsabilidad patrimonial, esto es, extracontractual. **3. Inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial.** 3.1. Inicio del procedimiento a solicitud de interesado. 3.2. Inicio del procedimiento de oficio por la Administración. **4. Competencia para tramitar y resolver en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.** **5. Supuestos de responsabilidad por el funcionamiento de los TARC.** 5.1. Responsabilidad patrimonial por anulación judicial de la resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales. 5.2. Responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas del tribunal administrativo de recursos contractuales en la aprobación de su resolución. 5.3. Profundización en un supuesto: la determinación del sujeto obligado al pago de la indemnización sustitutoria en el caso de imposibilidad de ejecución del contrato por el adjudicatario resultante, tras la anulación judicial de una resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales. **6. Valoración de la situación actual y perspectivas de futuro.** **7. Bibliografía.**

1. Régimen de responsabilidad aplicable a los tribunales administrativos de recursos contractuales

El objeto del trabajo es el análisis de la responsabilidad en que se puede incurrir por daños causados como consecuencia del funcionamiento de los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC).

El punto de partida es el recordatorio de la naturaleza jurídica de los TARC en el ordenamiento jurídico español: formalmente son órganos administrativos. Se integran dentro de una Administración pública, aunque de una manera peculiar para garantizar su independencia (están fuera de la jerarquía administrativa y, por ello, no están sometidos a órdenes ni instrucciones).

De la naturaleza jurídica de los TARC (órganos administrativos) se deriva la naturaleza jurídica de las resoluciones que dictan: formalmente son actos administrativos.

En consecuencia, las resoluciones de los TARC están sometidas al régimen jurídico propio de los actos administrativos, con las especialidades que la legislación haya podido establecer. En otras palabras, serán de aplicación las normas generales reguladoras de los actos administrativos, sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas especiales —si existen— reguladoras específicamente de las resoluciones de los TARC.

En concreto, las resoluciones de los TARC están sometidas al régimen de responsabilidad patrimonial propio de los actos administrativos, con las especialidades que la legislación haya podido establecer. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido un régimen especial de responsabilidad patrimonial para las resoluciones de los TARC. Es más, ni tan siquiera ha establecido —hasta donde nuestro conocimiento alcanza— especialidades al régimen común de responsabilidad patrimonial de los actos administrativos.

La conclusión a la que debemos llegar, por tanto, es que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los TARC es el régimen común propio de los actos administrativos: el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. Notas características del régimen de responsabilidad de los tribunales administrativos de recursos contractuales

A efectos de evitar confusiones, es de interés destacar las dos siguientes notas características del régimen de responsabilidad de los TARC: es el régi-

men de responsabilidad propio de la Administración, por un lado, y es un régimen de responsabilidad patrimonial (extracontractual), por el otro.

2.1. Es el régimen de responsabilidad propio de la Administración

El régimen de responsabilidad de los TARC es el régimen propio de la Administración. Por lo tanto, *a contrario*, no es el régimen de responsabilidad propio de los órganos judiciales (juzgados y tribunales).

Es conveniente realizar la advertencia anterior porque la naturaleza cuasi jurisdiccional de los TARC puede inducir a error. En efecto, aunque reúnan características propias de los órganos judiciales, se trata formalmente de órganos administrativos (no judiciales), integrados en una Administración pública (no forman parte del Poder Judicial).

En la actualidad, la responsabilidad por los daños causados como consecuencia de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se articula ya no como responsabilidad civil directa de los jueces o magistrados, sino como un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado.

En efecto, el artículo 32.7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) se remite a lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ): “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. Por su parte, dentro del título V de la LOPJ (“De la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia”), su artículo 292.1 dispone lo siguiente: “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor”. Regulación complementada por el artículo 296.1 de la misma LOPJ: “Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos”.

Aunque se trate de un régimen de responsabilidad distinto, lo cierto es que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia presenta evidentes similitudes

con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los TARC. Un ejemplo claro de ello son los títulos de imputación de responsabilidad. En el primer caso, la ley determina los dos siguientes: error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. A ellos pueden asimilarse los dos principales títulos de imputación de responsabilidad por la actuación de los TARC: anulación judicial de la resolución del TARC (supuesto de error del TARC en la dicción de la resolución) y dilaciones indebidas (supuesto de funcionamiento anormal del TARC).

Dadas estas similitudes, se suscita la cuestión de la posibilidad o no de aplicación analógica a los TARC del régimen de responsabilidad del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia. En particular, si es trasladable o no la doctrina jurisprudencial existente sobre este segundo régimen de responsabilidad. Sobre esta cuestión, precisamente, se han pronunciado algunos órganos consultivos.

Lo hizo primeramente el Dictamen núm. 48/2018, del Consejo Consultivo de Aragón (CCA). En efecto, este órgano consultivo no duda en aplicar por analogía la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) sobre error judicial. En concreto, se trataba de valorar la concurrencia del requisito de la antijuridicidad en un supuesto de responsabilidad patrimonial por anulación judicial de una resolución del TARC: “En este caso, tratándose de una resolución dictada por un órgano que ejerce funciones materialmente jurisdiccionales, que precisamente se caracterizan por la necesidad de valorar numerosos elementos que configuran los presupuestos que deben tenerse en cuenta para dictar una resolución, existiendo varias soluciones posibles, estando la resolución dentro de los márgenes de lo razonable, no puede prosperar la reclamación”. Y sigue: “En este punto, *por existencia de una clara analogía*, puede mencionarse la doctrina de los tribunales relacionada con las reclamaciones fundadas en un error judicial, destacando el Tribunal Supremo que ‘sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial [...]’¹.”

Con posterioridad, el Dictamen núm. 170/2019 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña (CJA), en un supuesto también de responsabilidad patrimonial por anulación judicial de una resolución del TARC, al examinar el requisito de la antijuridicidad hace mención expresa al Dictamen visto del CCA y a la utilización de la analogía indicada, utilizándolo como refuerzo de su argumentación, pero, en cambio, no recoge de manera expresa la alusión a la existencia de esa “clara analogía”.

1. La cursiva es nuestra.

2.2. Es un régimen de responsabilidad patrimonial, esto es, extracontractual

El régimen de responsabilidad de los TARC es el régimen de responsabilidad patrimonial, es decir, en otras palabras, extracontractual. Por tanto, *a contrario*, no es régimen de responsabilidad contractual.

Es conveniente realizar la advertencia anterior para evitar la confusión que puede crearse por el hecho de que el TARC actúa en el ámbito de la contratación pública. A pesar de ello, debe notarse que se trata de daños causados por una actuación no contractual del TARC. Por lo demás, queda claro que esos daños no derivan del acto dictado en el procedimiento de contratación que ha sido objeto de impugnación ante el TARC (habitualmente, el acto de adjudicación).

3. Inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial

En general, el procedimiento de responsabilidad patrimonial puede iniciarse a solicitud del interesado, pero también de oficio por la propia Administración, con las especialidades previstas en el artículo 65 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

3.1. Inicio del procedimiento a solicitud de interesado

Lo habitual, claro está, es que el procedimiento se inicie a solicitud de interesado; en concreto, mediante un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por la víctima, esto es, el sujeto que ha sufrido el daño.

La reclamación deberá ser presentada no directamente ante el TARC, sino ante la Administración de la que forma parte, puesto que es quien tiene personalidad jurídica. Será esta Administración quien deba admitir a trámite la reclamación.

Debe advertirse que están legitimados para presentar la reclamación no solamente los particulares, sino también las Administraciones públicas, por daños originados como consecuencia de la actuación de otra Administración distinta. No son una excepción los casos en los que la responsabilidad se vincula al funcionamiento de un TARC. En este sentido, cabe destacar que, precisamente, es una Administración pública la que presenta la

reclamación de responsabilidad patrimonial contra el TARC en los supuestos dictaminados por los órganos consultivos arriba indicados².

3.2. Inicio del procedimiento de oficio por la Administración

Más dudas puede plantear la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial en el caso de los TARC.

De entrada, de ser posible, el acuerdo de incoación de oficio debe ser adoptado no por el TARC, sino por la Administración de la que forma parte, puesto que, como ya hemos dicho, es quien tiene personalidad jurídica.

La previa, sin embargo, es decidir si, en estos casos, efectivamente es posible la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial. En concreto, se trata de decidir si es compatible con la garantía de independencia del TARC admitir que la Administración de la que forma parte pueda acordar iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial vinculado a una de sus resoluciones. Conviene insistir, en este punto, en que la decisión no es tomada por el propio TARC. Una respuesta desfavorable estaría en línea con la prohibición legal de que la Administración de la que forma parte pueda iniciar procedimientos de anulación de las resoluciones del TARC (prohibición de la revisión de oficio) o de fiscalización o control interno (59.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –LCSP–). Cabe advertir, por lo demás, que la prohibición legal de revisión de oficio contra los actos del TARC se establece con carácter general, esto es, sin distinguir si el procedimiento de revisión se inicia de oficio o bien a instancia de interesado.

4. Competencia para tramitar y resolver en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

La competencia para tramitar y para resolver en el procedimiento de responsabilidad patrimonial no corresponde al TARC, sino a la Administración pública de la que forme parte. Como venimos reiterando, el TARC es un órgano administrativo y, como tal, no tiene personalidad jurídica propia. Actúa

2. En el caso del Dictamen núm. 48/2018 del CCA, la reclamación se presentó por la Comarca de Hoya de Huesca ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón. Por su parte, en el caso del Dictamen núm. 170/2019 de la CJA, la reclamación se presentó por el Ayuntamiento de Cunit ante la Generalitat de Cataluña.

bajo el paraguas de la personalidad jurídica de la Administración en la que se integra.

Esta peculiaridad suscita el problema en el supuesto de que el daño causado por el funcionamiento del TARC lo sea, precisamente, a la Administración de la que forma parte. En esta hipótesis, paradójicamente, coincidirían el sujeto reclamante y el sujeto que debe tramitar y resolver la reclamación. En su caso, se llegaría al absurdo de tener que acordar pagarse a sí mismo la indemnización correspondiente.

Estamos ante un supuesto similar a aquel otro en el que una Administración pretenda interponer un recurso contra un acto dictado por ella misma. Al margen de los supuestos excepcionales en los que la ley lo prevea expresamente (recurso de lesividad), esta hipótesis no es razonable. Para la eliminación por la Administración de sus propios actos, son de aplicación los mecanismos legalmente previstos de revisión en vía administrativa del acto administrativo.

Debe advertirse, sin embargo, que, en el caso de los TARC, con la finalidad de garantizar su independencia, no es posible la revisión de oficio de sus resoluciones. Así lo establece expresamente el artículo 59.3 de la LCSP: “No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito”.

5. Supuestos de responsabilidad por el funcionamiento de los TARC

Los principales títulos de imputación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los TARC son los dos siguientes: anulación judicial y dilaciones indebidas.

5.1. Responsabilidad patrimonial por anulación judicial de la resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales

Este supuesto es objeto de algunos (pocos) dictámenes de órganos consultivos. En concreto, de los dos ya indicados con anterioridad: el Dictamen núm. 48/2018 del Consejo Consultivo de Aragón, y el posterior Dictamen núm. 170/2019 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña. La intervención de estos órganos consultivos se justifica porque su dictamen es

preceptivo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que el importe de la reclamación supere un determinado umbral³.

Sobre esta hipótesis se pronuncia también la Sentencia núm. 40/2023, de 31 de enero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV)⁴.

Este supuesto de responsabilidad se relaciona con algunas de las notas características definitorias de los TARC: la cualificación técnica y la especialización de sus miembros. Son rasgos esenciales de este tipo de órganos, que derivan ya de las exigencias del derecho de la Unión Europea. La pericia del órgano se ha de traducir en un grado de deferencia mayor en el control judicial. Por lo tanto, la anulación judicial de la resolución de un TARC pondrá siempre en tensión ese rasgo esencial, contraponiéndose la excelencia jurídica del órgano administrativo que resuelve el recurso especial en materia de contratos y la del órgano judicial que anula la resolución de dicho recurso. La superioridad jurídica y carácter vinculante de la decisión del órgano judicial está fuera de toda discusión. No así, en cambio, cuál de ellos detenta una mayor y mejor especialización sobre la concreta materia relativa a los conflictos sobre contratación pública⁵.

La jurisprudencia ha extraído consecuencias de la configuración peculiar de los TARC. Como destacado ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014⁶ afirma: “Así, pues, la perspectiva desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeo y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa” (fundamento jurídico sexto). Más adelante volveremos sobre la operatividad práctica de esta “cualificada presunción de legalidad y acierto” del TARC, que es “supe-

3. El Dictamen núm. 170/2019 de la CJA reconoce expresamente este caso como uno de los supuestos que permiten imputar responsabilidad patrimonial a los TARC, con remisión al Dictamen núm. 48/2018 del CCA: “Una segona via que pot permetre, si escau, la imputació de responsabilitat patrimonial als tribunals administratius en matèria de contractes és l’anul·lació judicial d’una de les seves resolucions. Aquest és el supòsit objecte del Dictamen núm. 48/2018 del Consell Consultiu d’Aragó”.

4. Sentencia núm. 40/2023, de 31 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), recurso núm. 684/2020 y ponente Sra. Paula Platas García (ECLI:ECLI:ES:TSPV:2023:594).

5. Un estudio sobre la deferencia del control judicial frente a las resoluciones de los TARC en Sibina Tomàs (2019).

6. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de 23 de octubre de 2014, recurso núm. 3014/2013 y ponente Excmo. Sr. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva (ECLI:ES:TS:2014:4223).

rior [...] a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa". En cualquier caso, esta presunción parece ser coherente con la afirmación arriba hecha de la existencia de un grado mayor de deferencia judicial.

En relación con este supuesto de responsabilidad patrimonial, es de interés examinar algunas de las principales consideraciones contenidas en el Dictamen núm. 170/2019 de la CJA:

- 1) Estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación, en este caso, judicial de un acto administrativo (la resolución del TARC). En consecuencia, debe aplicarse el régimen jurídico común establecido por la legislación para dicho supuesto.
- 2) La regla principal y primera de ese régimen jurídico común para los casos de anulación judicial de un acto administrativo es que dicha anulación no determina de manera necesaria y automática la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 32.1, segundo párrafo, de la LRJSP). En consecuencia, deberá acreditarse, en cada caso, la concurrencia de todos los requisitos legalmente exigidos para el nacimiento de esa responsabilidad. En el supuesto que nos ocupa, para que pueda estimarse la reclamación de responsabilidad por funcionamiento del TARC no es suficiente que su resolución haya sido anulada judicialmente, sino que, además, será preciso acreditar el cumplimiento de todos esos requisitos⁷.
- 3) En relación con el examen de la concurrencia de los requisitos legales de la responsabilidad patrimonial, en el supuesto de anulación

7. Dictamen núm. 170/2019 de la CJA: "La Comissió s'ha pronunciat sobre la responsabilitat patrimonial en els supòsits d'anul·lació, judicial o administrativa, d'actes o disposicions administratives (per tots, Dictamen 340/2017). La regla principal, en aquest àmbit, és que l'anul·lació no determina d'una manera necessària i automàtica l'existència de responsabilitat patrimonial de l'Administració i, en conseqüència, el dret a la indemnització del perjudicat. Així s'estableix expressament en l'article 32.1, segon paràgraf, de l'LRJSP: 'L'anul·lació en via administrativa o per l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu dels actes o disposicions administratives no pressuposa, per si mateixa, dret a la indemnització'. En definitiva, l'existència de l'anul·lació de l'acte administratiu 'no pressuposa' el dret del perjudicat a la indemnització. Aquesta anul·lació no és condició suficient per al naixement de responsabilitat de l'Administració: no determina, per si mateixa, d'una manera automàtica, aquest naixement. A més, és necessari acreditar que, en el cas concret, es compleixen tots els requisits materials establerts per l'ordenament jurídic per a la producció d'aquesta responsabilitat. Per aquest motiu, la jurisprudència reiteradament rebutja 'las interpretaciones maximalistas de uno u otro sentido', és a dir, que de l'anul·lació mai no es pot derivar responsabilitat patrimonial de l'Administració o, en sentit contrari, que sempre i automàticament cal derivar-la (entre moltes d'altres, Sentència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa Administrativa, Secció Primera, de 30 de juny de 2014, recurs núm. 476/2013, fonament jurídic cinquè)".

judicial de acto administrativo, tiene un especial interés el requisito de la antijuridicidad del daño. Según un criterio de creación jurisprudencial, acogido por la doctrina de los órganos consultivos, para que nazca responsabilidad no basta con la acreditación de cualquier contradicción normativa, sino que debe exigirse la prueba de una “contravención normativa cualificada”. Esta cualificación especial es descrita por la jurisprudencia desde dos perspectivas, que pueden ser complementarias. En ocasiones, se exige la existencia de una desatención normativa flagrante o un apartamiento manifiesto de la legalidad. En otros supuestos, en cambio, lo que se toma en consideración es el criterio de la racionalidad y la razonabilidad de la decisión administrativa, de manera que solamente se genera responsabilidad cuando la actuación administrativa —en nuestro caso, del TARC— se haya producido fuera de unos márgenes de apreciación razonables y razonados. En todo caso, a la hora de hacer este juicio de racionalidad y razonabilidad, es necesario tener presente si se trata del ejercicio de una potestad administrativa reglada o discrecional, por un lado, y la existencia o no de conceptos jurídicos indeterminados, por el otro⁸.

- 4) La peculiar naturaleza del TARC puede tener incidencia en la valoración del requisito de la antijuridicidad. En concreto, sobre la exigencia jurisprudencial de que exista una contravención normativa cualificada, en los términos arriba expuestos. A pesar de ser un órgano administrativo, el TARC desempeña una función materialmente jurisprudencial: resuelve conflictos entre partes en materia de contratación pública. En consecuencia, es consustancial al TARC moverse en un terreno en el que la complejidad jurídica constituye

8. Dictamen núm. 170/2019 de la CJA: “*En relació amb la valoració del compliment dels esmentats pressupòsits materials de la responsabilitat de l'Administració, en els casos d'anul·lació d'actes administratius, té un especial interès el requisit de l'antijuridicitat del dany. Segons un criteri de creació jurisprudencial, recollit per la doctrina dels òrgans consultius, inclosa aquesta Comissió Jurídica Assessora, s'afirma que no genera responsabilitat qualsevol anul·lació d'un acte administratiu per contravenció de la normativa; en altres paraules, no és suficient per a imputar responsabilitat a l'Administració la sola declaració d'il·legalitat de la seva actuació, sinó que es requereix que sigui una contravenció normativa qualificada. Aquesta qualificació és descrita habitualment per la jurisprudència des de dues perspectives que poden ser complementàries. En ocasions s'exigeix l'existència d'una desatenció normativa flagrant o un apartament manifiest de la legalitat. En d'altres casos es pren en consideració el criteri de la racionalitat i la raonabilitat de la decisió administrativa, de manera que només es genera responsabilitat quan l'actuació de l'Administració s'hagi produït fora d'uns marges d'apreciació raonables i raonats. En tot cas, a l'hora de fer aquest judici de racionalitat i raonabilitat, cal tenir present si es tracta de l'exercici d'una potestat administrativa reglada o discrecional i l'existència o no de conceptes jurídics indeterminats*”.

la regla general y donde, habitualmente, se estará en presencia de diversas alternativas jurídicas razonables. A esto deben sumarse las características distintivas de este tipo de órganos: cualificación técnica, especialización e independencia funcional.

Por todos estos motivos, como hemos visto, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar la existencia de una “cualificada presunción de legalidad y acierto”. Lo que parece indicar un mayor grado de deferencia en el control judicial.

En definitiva, tomando en cuenta todos estos elementos, en última instancia lo que deberá examinarse, en cada caso concreto, es si la ilegalidad (contravención normativa) que padece la resolución del TARC es un vicio de envergadura jurídica suficiente (contravención normativa cualificada) para poder entender cumplido el requisito de la antijuridicidad⁹.

También versa sobre un supuesto de responsabilidad patrimonial por anulación judicial de una resolución del TARC la ya citada STSJ PV núm. 40/2023, de 31 de enero.

Los hechos sobre los que se pronuncia la sentencia son, en breve síntesis, los siguientes. El Ayuntamiento de Bilbao saca a licitación el contrato de “servicio de control directo del cumplimiento de la ordenanza OTA de la Villa de Bilbao, así como los servicios vinculados para los usuarios del sistema

9. Dictamen núm. 170/2019 de la CJA:

“Aquesta Comissió vol posar en relleu en aquest moment, també en seu de valoració del requisit de l'antijuridicitat, la peculiaritat de la naturalesa de l'OARCC, de la seva funció i de les seves resolucions. Per decisió del legislador, malgrat el seu caràcter formal d'òrgan administratiu i el caràcter administratiu de les seves resolucions, l'OARCC exerceix una veritable funció de resolució de conflictes en matèria de contractació. En conseqüència, és consubstancial a aquest òrgan moure's en un terreny on la complexitat jurídica és la regla habitual, amb presència de diverses alternatives jurídiques raonables, així com el fet de prendre la seva decisió després d'examinar la posició enfrontada de les parts en el conflicte. Per a estar en condicions d'afrontar amb èxit aquesta tasca, la llei configura aquest òrgan amb unes característiques distintives, com ara la garantia de la seva qualificació tècnica, la seva especialització i la seva independència funcional. Configuració particular que porta el Tribunal Suprem a afirmar, en la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció Setena, de 23 d'octubre de 2014 (recurs núm. 3014/2013), que en aquest òrgan 'concorre una qualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa' (fonament jurídic sisè). Traslladant la doctrina general abans descrita al cas que ara s'examina [...] La pregunta que cal respondre, arribat aquest punt del raonament, és si el vici detectat per l'esmentada sentència [...] es pot considerar com una contravenció normativa flagrant, en el sentit de suposar una desatenció normativa flagrant o de sobrepassar els marges d'apreciació raonables i raonats”.

OTA". El sistema OTA es un servicio de control y ordenación del estacionamiento en ciertas calles del municipio, con la finalidad de racionalizar el uso de un bien escaso como son las plazas de aparcamiento en la vía pública. La resolución municipal de adjudicación del contrato a una empresa (UTE GERTEK y ACCIONA) fue anulada por resolución del TARC correspondiente (el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales), que acordó la exclusión de la oferta del adjudicatario y, complementariamente, la adjudicación del contrato a la empresa que obtuvo la segunda mejor puntuación (UTE formada por EYSA y CYCASA). La resolución del TARC fue impugnada judicialmente y anulada por la STSJPV núm. 1129/2018, de 27 de marzo (recurso núm. 678/2016), resultando de nuevo adjudicataria la primera empresa. Como la tramitación del recurso judicial llevó un tiempo, la segunda empresa, esto es, la que obtuvo la adjudicación como consecuencia de la resolución del TARC, comenzó la ejecución del contrato, que efectivamente tuvo lugar desde el 16 de septiembre de 2016 hasta el 1 de julio de 2019, fecha en la que, tras dictarse la sentencia, el Ayuntamiento de Bilbao formalizó ahora el contrato con la primera empresa. Dadas estas circunstancias, la que fue primera empresa adjudicataria y que finalmente es confirmada judicialmente (UTE GERTEK y ACCIONA) reclama ahora ante el Gobierno Vasco responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato, en el período que va desde el 16 de septiembre de 2016 hasta el 1 de julio de 2019, por un presunto funcionamiento anormal que la recurrente imputa al TARC, cuya resolución fue anulada judicialmente.

Es aquí también de interés destacar las principales consideraciones jurídicas contenidas en la STSJPV núm. 40/2023, de 31 de enero:

- 1) La sentencia presupone, sin hacer ninguna matización al respecto, que la naturaleza de la resolución del TARC es la de acto administrativo y que, por lo tanto, estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo¹⁰.
- 2) Siguiendo el razonamiento del demandante, la sentencia acepta que lo que debe examinarse, en el caso concreto, es la existencia de un supuesto de funcionamiento anormal del TARC, que se ma-

10. En el contexto del análisis del cumplimiento de los requisitos legales para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la sentencia afirma, respecto a la exigencia de la antijuridicidad del daño y la existencia de la obligación jurídica de soportarlo, que tal cosa debe examinarse "con detenimiento en casos como el que nos ocupa, de anulación de un acto administrativo" (fundamento jurídico cuarto).

nifiesta por el hecho de que su resolución ha sido posteriormente anulada judicialmente¹¹.

- 3) En los términos ya indicados con anterioridad, la sentencia no considera que la anulación judicial de la resolución del TARC determine directa y automáticamente la existencia de responsabilidad patrimonial, sino que, antes al contrario, declara que es preciso entrar a analizar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos¹².
- 4) También en el sentido ya indicado, la sentencia presta una mayor atención, en concreto, al requisito de la antijuridicidad del daño. Tras examinar la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, concluye que “la aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, obliga a analizar si la resolución del OARC por la que se excluyó a la UTE que había resultado adjudicataria de un contrato y actualmente recurrente, excedió los límites de la razonabilidad y ponderación”. El TSJPV, por lo tanto, en esta sentencia, se decanta por el ya explicado criterio de la racionalidad y la razonabilidad de la decisión administrativa, de manera que solamente se genera responsabilidad cuando la actuación administrativa —en nuestro caso, del TARC— se haya producido fuera de unos márgenes de apreciación razonables y razonados. Pues bien, analizadas las circunstancias del caso concreto, a la luz de la anterior sentencia anulatoria de la resolución del TARC, el tribunal concluye que se “excedió los límites de la razonabilidad y proporcionalidad”, de manera que debe tenerse por “confirmada la concurrencia en el caso de autos del requisito de la antijuridicidad”¹³.
- 5) Debe destacarse que, a pesar de que la controversia tiene como objeto un contrato del Ayuntamiento de Bilbao, la responsabilidad pa-

11. La demanda, en efecto, reclama responsabilidad patrimonial “por un presunto funcionamiento anormal que la recurrente imputa al OARC, al haber sido anulada la resolución por el que dicho órgano excluyó a la demandante del procedimiento de licitación, en virtud de la sentencia de esta Sala núm. 109/2018, de 27 de marzo de 2018” (fundamento jurídico segundo).

12. Cosa que hace la sentencia en su fundamento jurídico cuarto.

13. Las citas del texto son del fundamento jurídico cuarto de la sentencia. En este mismo fundamento se detallan las razones por las que se llega a esa conclusión. En resumen, el tribunal estima que “ante una oferta que el OARC entendía que no era clara, lo razonable y proporcionado era haberle concedido un trámite para aclaraciones o subsanación [...]”. En consecuencia, la resolución del TARC “excedió los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, pues, como ha quedado expuesto, en vez de acordar la exclusión del procedimiento de licitación, debió requerir a la demandante para subsanar o aclarar su oferta, sobre todo, cuando había resultado la adjudicataria del contrato”.

trimonial se reclama —y la sentencia admite— del Gobierno Vasco, puesto que el TARC se integra formalmente en la Administración autonómica. En definitiva, de lo que se trata es de ventilar la existencia o no de responsabilidad patrimonial del Gobierno Vasco y no del Ayuntamiento de Bilbao. En este contexto, el tribunal rechaza la pretensión del Gobierno Vasco y de la compañía aseguradora de negar la concurrencia del requisito del nexo causal, so pretexto de que el daño derivaría de la incorrecta ejecución por el Ayuntamiento de la sentencia anulatoria de la resolución del TARC al modificar el plazo del contrato¹⁴. Tampoco se admite la pretensión de que sea el Ayuntamiento quien deba asumir una parte de la indemnización debida, en concreto, la relativa al beneficio industrial¹⁵.

- 6) Respecto al daño indemnizable, la empresa demandante reclama dos conceptos: gastos generales indebidamente soportados, por un lado, y pérdida de lucro cesante o beneficio industrial, por el otro.

En relación con el primer concepto, la sentencia sostiene que “el criterio de esta Sala es que no procede su inclusión en la partida indemnizatoria, toda vez que la pretensión de la parte recurrente no contiene un fundamento sólido que lleve a concluir que tal magnitud represente una pérdida o menoscabo patrimonial de dicha parte durante el período que no fue la adjudicataria del contrato, y en que, por definición, no ejecutó el contrato”. Y añade: “en definitiva, se trata de unos gastos que se devengan por la prestación del servicio contratado y no por su inejecución. Añadir a la partida indemnizatoria el gasto existencial de la propia empresa, por el tiempo que no ejecutó el contrato, no deja de suponer una artificial reduplicación de tales perjuicios” (fundamento jurídico cuarto).

Respecto a la inclusión en la indemnización del beneficio industrial dejado de percibir por el tiempo que no se ejecutó el contrato, lo

14. “Ningún reproche merece la actuación del Ayuntamiento de Bilbao que fue confirmada por la sentencia de esta Sala. Inicialmente adjudicó el contrato a la UTE que, tras la sentencia de esta Sala, resultó la adjudicataria final del mismo y con la que formalizó el contrato tras el dictado de aquella por el tiempo que restaba de duración del mismo” (fundamento jurídico cuarto).

15. No “resulta acogible la tesis del Gobierno vasco de que dicha partida indemnizatoria [el beneficio industrial dejado de percibir por el tiempo que no se ejecutó el contrato] debe exigirse al Ayuntamiento de Bilbao, toda vez que, como ya se expuso líneas arriba, la actuación del Consistorio no ha sido declarada disconforme a Derecho, sino todo lo contrario, confirmada su validez por la meritada sentencia de esta Sala núm. 109/2018, de 27 de noviembre” (fundamento jurídico cuarto).

identifica con “el lucro cesante” que se concreta “en el llamado beneficio industrial”, cuantificado del modo siguiente: “desde siempre se ha considerado que es el 6% del presupuesto de ejecución material, y así lo recogía el artículo 131.1.b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo”. Y concluye: “por tanto, el parámetro de referencia para el cálculo de la indemnización será el de la pérdida del beneficio industrial, que se concreta en el porcentaje del 6% sobre el presupuesto de ejecución material del contrato por el plazo de 33 meses y medio (desde el 16 de septiembre de 2016 hasta el 1 de julio de 2019), plazo sobre el que no existe discrepancia” (fundamento jurídico cuarto).

Para concluir este apartado, añadimos que los razonamientos expuestos acerca de la posible incidencia de la peculiar naturaleza del TARC sobre el requisito de la antijuridicidad, en nuestra opinión, dan pie a consideraciones muy diversas, entre las que se destacan ahora las dos siguientes:

- 1) El requisito legalmente exigido es la antijuridicidad del daño. Por lo tanto, la antijuridicidad se predica del daño y no de la conducta del agente causante. Sin embargo, el requisito jurisprudencial que exige la existencia de una contravención normativa cualificada toma como referencia dicha conducta, en concreto, su grado de vulneración de la normativa vigente.
- 2) La peculiar naturaleza del TARC y, en concreto, la presunción jurisprudencial de legalidad y acierto de sus decisiones puede ser utilizada como argumento no para dificultar, sino al contrario, para facilitar el entender acreditado el requisito jurisprudencial de la existencia de una contravención normativa cualificada. Esto es, si estamos ante un órgano dotado de una reforzada excelencia jurídica (cualificación técnica y especialización), lo esperable es que sus decisiones sean conformes con el ordenamiento jurídico. Cuando no lo son, y así queda demostrado con la existencia de una sentencia anulatoria, será un claro indicio de que, en ese caso concreto, se ha cometido un error grave y, por tanto, estaremos ante una contravención normativa cualificada. Esta argumentación, sin embargo, a mi juicio, no parece demasiado consistente. En efecto, cabe recordar lo dicho acerca del ámbito de complejidad jurídica en la que habitualmente se mueve el TARC, de manera que la corrección de su decisión por una posterior decisión judicial no implicará ne-

cesariamente una desatención normativa flagrante o un juicio no razonable ni razonado del asunto.

5.2. Responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas del tribunal administrativo de recursos contractuales en la aprobación de su resolución

Este supuesto de responsabilidad se relaciona con otra de las notas características definitorias de los TARC: la celeridad en la resolución de los recursos. Esta es una de las principales razones que, ya desde el derecho de la Unión Europea, justifican su propia existencia. En consecuencia, la demora en la resolución del recurso especial en materia de contratación, cuando pueda ser calificada como dilaciones indebidas, es frontalmente contraria a este rasgo esencial.

Sobre este supuesto se pronuncia la Sentencia núm. 44/2017, de 24 de enero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹⁶. La sentencia estima la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de las dilaciones indebidas del TARC en la resolución del recurso especial interpuesto contra el acto de adjudicación de un contrato. La parte actora, en efecto, pretende la reparación de los daños y perjuicios que afirma ha sufrido a causa de la demora en poder ejecutar las prestaciones dimanantes del contrato del que había resultado adjudicataria.

Comienza el TSJPV su razonamiento recordando que una nota característica del recurso especial en materia de contratación es la celeridad. Que el recurso deba resolverse con rapidez deriva de las exigencias de la normativa del derecho de la Unión Europea y de la legislación interna de transposición, “pues si algo destaca en ellas es la necesidad que las actuaciones se desenvuelvan con rapidez consciente de los enormes intereses económicos presentes” (fundamento jurídico tercero, apartado primero).

Después de recordar que el TARC es formalmente un órgano administrativo, el Tribunal afirma que, en consecuencia, “no sólo está vinculado por los plazos (artículo 47 de la Ley 30/1992), sino también por la responsabilidad por los daños que su inobservancia puedan causar, entre otros la demora en la solución de los recursos que se le planteen” (fundamento jurídico tercero, apartado primero).

16. Sentencia núm. 44/2017, de 24 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recurso núm. 246/2015 y ponente Ilmo. Sr. D. José Antonio González Saiz (ECLI:ECLI:ES:TSPV:2017:125).

Analizando el caso concreto, descarta la concurrencia de causas que justifiquen el retraso. Así, “no ha habido necesidad de informes complementarios, ni se ha acordado la suspensión del plazo al amparo del artículo 42 de la Ley 30/1992, ni el asunto revela una complejidad fuera de la ordinaria”. En particular, presta atención al rechazo del argumento de “la carencia de medios suficientes”. Según el Tribunal, “tampoco puede dar lugar a la exoneración de responsabilidad porque tal carencia, de existir, integraría el concepto de funcionamiento anormal, pues la ley impone a la propia Administración, en la que se integra el órgano [TARC], el dotarle de medios suficientes. En resumen, la propia responsable de la dotación de los medios necesarios para resolver con celeridad y de reparar los daños causados por la insuficiencia de los medios con que se contaba se estaría escudando en el incumplimiento de la primera obligación citada para eludir su responsabilidad en la segunda, algo, prima facie, absurdo” (fundamento jurídico tercero, apartado primero).

Constatada la existencia de una demora injustificada, el Tribunal entra a determinar los daños probados. En resumen, estima que son indemnizables el coste de las garantías prestadas y el beneficio industrial dejado de percibir, en ambos casos “durante el tiempo que en exceso sobre el previsto por la ley se ha dilatado la resolución del recurso especial”. En cambio, analizadas las circunstancias del caso concreto, concluye que no procede resarcimiento alguno por los gastos e inversiones que el contratista afirma que, al momento de presentar su oferta, ya había realizado en cuanto que necesarios para cumplir el contrato, de manera que, llegada la adjudicación, ya tenía dispuestos los elementos precisos para iniciar de inmediato la prestación del servicio. El motivo del rechazo no tiene que ver, en abstracto, con el tipo de gasto en cuestión, sino con no haber probado que, en ese supuesto en concreto, era imprescindible tenerlo realizado antes del momento de la adjudicación: “para reclamar por estas inversiones sería necesario que la actora demostrase que para contar materialmente con estos elementos al momento de dar inicio al contrato resultaba imprescindible que antes de la adjudicación se efectuase la inversión” (fundamento jurídico tercero, apartado segundo).

Sobre esta misma hipótesis, de responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas del TARC en la aprobación de la resolución, se pronuncia el Dictamen núm. 170/2019 de la CJA. En él, el órgano consultivo reconoce expresamente este caso como uno de los supuestos que permiten imputar responsabilidad patrimonial a los TARC, con referencia a la citada STSJPV núm. 44/2017, de 24 de enero¹⁷.

17. *“Entre els supòsits que potencialment poden generar aquesta responsabilitat patrimonial es troba el retard o la dilació en dictar resolució en un procediment de recurs*

5.3. Profundización en un supuesto: la determinación del sujeto obligado al pago de la indemnización sustitutoria en el caso de imposibilidad de ejecución del contrato por el adjudicatario resultante, tras la anulación judicial de una resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales

El supuesto que aquí se contempla es el siguiente. La Administración contratante, después de seguir el correspondiente procedimiento de licitación, adjudica el contrato a una empresa (empresa A). El acto de adjudicación es objeto de recurso especial en materia de contratación por otra empresa competidora que presentó también una oferta (empresa B). El recurso es estimado por el tribunal administrativo de recursos contractuales, que dicta resolución anulando el acto de adjudicación y pronunciándose a favor de la adjudicación a la recurrente (empresa B). A continuación, esta resolución es impugnada judicialmente y, tras seguirse el correspondiente proceso judicial, el tribunal contencioso-administrativo dicta sentencia anulando la resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales y confirmando el inicial acto de adjudicación de la Administración contratante. Esta sentencia, por tanto, reconoce el derecho de la primera adjudicataria (empresa A) al contrato. Ahora bien, sucede que, por el tiempo transcurrido, es ya imposible el ejercicio del derecho reconocido, cuyo contenido es llevar a cabo materialmente la ejecución del contrato. Como compensación, se plantea en sede judicial el pago al legítimo adjudicatario (empresa A) de una indemnización compensatoria, cuyo importe suele calcularse acudiendo a la noción de beneficio industrial.

Planteada la cuestión en estos términos, el problema que se plantea es determinar el sujeto responsable en estos casos, es decir, a quien debe condenarse al pago de la indemnización sustitutoria¹⁸. Las opciones que —inicialmente— pueden barajarse son las siguientes:

- 1) Que lo sea el tribunal administrativo de recursos contractuales, puesto que ha sido su resolución el origen del daño, por cuanto privó incorrectamente —como lo demuestra que haya sido anulada judicialmente— al legítimo adjudicatario (empresa A) de la posibilidad de ejecutar el contrato.

especial en matèria de contractació. Aquest és el cas de la Sentència núm. 44/2017, de 24 de gener, del Tribunal Superior de Justícia del País Basc, Sala Contenciosa Administrativa, Secció Tercera, del recurs núm. 246/2015. En aquesta sentència, el Tribunal admet l'existència de responsabilitat patrimonial de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals d'Euskadi pel retard en la resolució d'un recurs especial".

18. Esta cuestión ha sido muy acertadamente planteada en Sáez y Cortadellas (2023).

- 2) Que lo sea la empresa que recurrió ante el tribunal administrativo de recursos contractuales y se benefició de su resolución al resultar sobrevenidamente adjudicataria del contrato (empresa B).
- 3) Que lo sea la Administración contratante, por cuanto es la responsable del contrato y acordó –siguiendo las indicaciones del tribunal administrativo de recursos contractuales– su adjudicación a la empresa contestataria (empresa B).
- 4) Finalmente, que lo sea la Administración a la que está adscrito el tribunal administrativo de recursos contractuales, precisamente por razón de esa adscripción.

Todas estas opciones, como se verá, presentan dificultades severas para su defensa. No obstante, antes de entrar en el fondo de la cuestión, es conveniente delimitar bien el contexto con las siguientes observaciones:

- 1) El tribunal administrativo de recursos contractuales es formalmente un órgano administrativo y, por lo tanto, carece de personalidad jurídica propia. Actúa bajo el paraguas de la personalidad jurídica de la Administración a la que está adscrito, si bien tiene garantizada su independencia orgánica y funcional.
- 2) Con la finalidad de proteger su independencia, el artículo 21.3 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)¹⁹, en sede de legitimación de las partes del proceso contencioso-administrativo, niega la consideración de parte demandada al tribunal administrativo de recursos contractuales: “En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49²⁰”. Por lo tanto, según la literalidad de este precepto legal, en estos supuestos, serán parte demandada

19. La redacción actual procede de la modificación introducida a través del artículo 3.4 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

20. El artículo 49 de la LJCA regula el emplazamiento de los demandados.

“las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto”²¹.

- 3) En el supuesto que estamos examinando, descrito más arriba, no puede afirmarse que la Administración contratante entre dentro de la noción de “Administración favorecida por el acto objeto del recurso”. En efecto, el acto objeto del recurso judicial es la resolución del TARC que, precisamente, lo que hizo fue anular la decisión (acto de adjudicación) de la Administración contratante.
- 4) Tampoco cabe afirmar que ostenta esa condición la Administración de adscripción del TARC. No lo será, por las razones ya indicadas, en el caso de que sea ella la Administración contratante. Pero tampoco cuando no lo sea: la resolución del TARC habrá sido dictada sin seguir instrucciones suyas, puesto que actúa con independencia, y se referirá a la decisión (acto de adjudicación) adoptada por otra Administración diferente.

Delimitada así la cuestión, procede ahora examinar la respuesta que han dado los tribunales. No podemos abordar aquí el tema en toda su extensión, pero sí intentar, al menos, una aproximación detenida. En este sentido, comenzamos afirmando la existencia de una clara falta de unidad, antes al contrario, la existencia de posiciones judiciales bien diferenciadas:

- 1) Algunos tribunales se han pronunciado en el sentido de declarar la responsabilidad de la Administración contratante. Destacamos las dos siguientes sentencias:
 - a) Sentencia núm. 232/2015, de 14 mayo de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid²².

Por acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Alcobendas, de 4 de marzo de 2014, se adjudicó a la empresa “Acciona Servicios Urbanos SL” el contrato de “gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria de la ciudad de Alcobendas”. Otra empresa –“Compañía

21. Esta disposición supone una excepción a la regla general de legitimación contenida en el apartado 1.a) del mismo artículo 21 de la LJCA, según el cual se considera parte demandada a las “Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso”.

22. Sentencia núm. 232/2015, de 14 mayo de 2015, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso núm. 301/2014, ponente Sra. Pilar Maldonado Muñoz (ECLI:ES:TSJM:2015:4673).

Española de Servicios Auxiliares SA (CESPA)”— interpone contra dicho acuerdo municipal recurso ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que lo estima mediante resolución 67/2014, de 10 de abril de 2014, anulando el acuerdo impugnado, rechazando la oferta de la empresa Acciona y ordenando la adjudicación a la siguiente oferta mejor clasificada. Contra la resolución del TARC, Acciona interpone recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 232/2015, de 14 de mayo de 2015. Son parte demandante la empresa Acciona, parte demandada la empresa CESPA y codemandada el Ayuntamiento de Alcobendas.

En lo que ahora interesa destacar, la Sentencia estima el recurso, anulando la resolución del TARC y declarando la validez del acuerdo municipal, por tanto, con adjudicación del contrato a la empresa Acciona.

La parte recurrente —empresa Acciona—, además de pedir la anulación de la resolución del TARC, confirmándose la adjudicación del contrato a su favor, solicita también al tribunal que le reconozca, como situación jurídica individualizada, el derecho a ser indemnizada con el beneficio industrial por el tiempo que se haya visto privada de ser adjudicataria del contrato. La Sentencia se lo concede, declarando la responsabilidad de la Administración contratante: “debiendo el Ayuntamiento de Alcobendas indemnizar a Acciona Servicios Urbanos SL en el 6% del beneficio industrial por el tiempo en que indebidamente se ha visto privada de prestar el servicio”.

De esta sentencia conviene destacar los siguientes aspectos. Primero: se reconoce el derecho a una indemnización sustitutoria, ante la imposibilidad de haber ejecutado completamente y con normalidad el contrato adjudicado. Segundo: se determina esa indemnización por referencia al beneficio industrial dejado de obtener, cuantificado en un 6 %. Y tercero: se declara responsable y, por tanto, obligada al pago, a la Administración contratante, esto es, al Ayuntamiento de Alcobendas. Ello a pesar de que el tribunal confirma la decisión municipal inicial. En otras palabras, aunque el Ayuntamiento haya cambiado la decisión de adjudicación obligado por el acatamiento de la resolución del TARC, ahora anulada en

sede judicial. Se configura así, aunque no se diga expresamente en la sentencia, una suerte de responsabilidad objetiva de la Administración contratante. Lo cierto es que el Tribunal es consciente de esta circunstancia, puesto que la explicita para justificar la no imposición de costas al Ayuntamiento: “No procede imponer costa alguna al Ayuntamiento de Alcobendas, ya que, como él afirma [...], en ningún momento compartió ni la admisión del recurso especial por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública ni los argumentos y conclusiones de la resolución del citado Tribunal [...], impugnada en los presentes autos, habiéndose visto obligada a acatar dicha resolución y modificar su anterior criterio con el fin de no ocasionar perjuicios a los ciudadanos de Alcobendas” (fundamento jurídico cuarto).

b) Sentencia de 24 de julio de 2019, de la Audiencia Nacional²³.

Por resolución del Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música (INAEM), del Ministerio de Cultura, de 19 de julio de 2016, como órgano contratante, se adjudicó a la empresa “IRIS-MEDIA AGENCIA DE MEDIOS SL” el contrato “servicios de publicidad de las actividades que acuerden programar los Centros y Unidades de producción dependientes del INAEM durante la temporada 2016-2017”. Otra empresa —“ADSOLUT”—, también licitante y que había obtenido la segunda mejor puntuación, interpuso contra el acto de adjudicación recurso especial ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales, que lo estima, mediante su resolución 796/2016, de 7 de octubre de 2016, anulando el acto impugnado. Contra la resolución del TARC, la primera adjudicataria (empresa IRISMEDIA) interpuso recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2019. Es parte demandante la empresa IRISMEDIA. Aparece como demandado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. También comparece como parte demandada la Administración General del Estado. En la Sentencia, el Tribunal reprocha que el Abogado del Estado “ha eludido expresamente su personación, sin que lo hiciera, por tanto, en representación del

23. Sentencia de 24 de julio de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional, recurso núm. 1098/2016, ponente D. Santos Honorio de Castro García (ECLI:ES:AN:2019:3413).

INAEM, que era la Administración contratante; y habiendo hecho lo propio la referida mercantil [ADSOLUT], pese a que consta estar emplazada” (fundamento jurídico quinto).

En lo que ahora interesa destacar, la Sentencia estima parcialmente el recurso, anulando la resolución del TARC y declarando la validez del acuerdo municipal, por tanto, con adjudicación del contrato a la primera empresa.

La parte recurrente —empresa IRISMEDIA—, además de pedir la anulación de la resolución del TARC, confirmándose la adjudicación del contrato a su favor, solicita también al tribunal que le reconozca, al ejercitarse una pretensión de plena jurisdicción, el derecho a una indemnización por el beneficio industrial del 6 % o, subsidiariamente, el importe que el Tribunal considere ajustado a derecho.

La Sentencia se lo concede: “además de anularse la resolución del TARC objeto de impugnación y confirmar en consecuencia el inicial acto de adjudicación en favor de IRISMEDIA, deberá también reconocérsele, dentro de la vertiente de plena jurisdicción de su pretensión, el derecho a obtener la indemnización correspondiente”. En cuanto a su importe, “la Sala considera más prudente diferir la cuantificación de la indemnización para el período de ejecución de sentencia, fijándose ya como base para determinar el beneficio dejado de percibir el 6% de la retribución satisfecha a ADSOLUT por el contrato de referencia durante un año” (fundamento jurídico undécimo). Ya en el fallo, la sentencia explicita que la responsabilidad corresponde al INAEM: “reconocer el derecho de dicha parte [demandante] a que el INAEM le indemnice por el beneficio industrial dejado de obtener, el cual se determinará en el período de ejecución conforme a las bases expresadas en el fundamento de derecho undécimo de esta sentencia”.

De esta sentencia conviene destacar los mismos aspectos que en el caso de la Sentencia anteriormente examinada. Primero: se reconoce el derecho a una indemnización sustitutoria, ante la imposibilidad de haber ejecutado completamente y con normalidad el contrato adjudicado. Segundo: se determina esa indemnización por referencia al beneficio industrial dejado de obtener, cuantificado en un 6 %. En este caso, su deter-

minación se difiere al momento de ejecución de sentencia. Y tercero: se declara responsable y, por tanto, obligada al pago, a la Administración contratante, esto es, al INAEM. En esta ocasión, a diferencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Audiencia Nacional no hace ninguna consideración en el sentido de que la sentencia lo que hace es confirmar la decisión inicial de la Administración contratante. No hay imposición de costas.

- 2) Algún otro tribunal se ha pronunciado en el sentido de afirmar que la responsabilidad corresponde a la Administración a la que se encuentre adscrito el TARC, aunque, en el caso concreto enjuiciado, se desestime la pretensión indemnizatoria por el hecho de que la parte demandante no ha solicitado expresamente su condena al pago de la indemnización, no tiene obligación de personarse en el proceso y podría generarse indefensión.

Este es el caso de la Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón²⁴.

Por resolución de la Presidencia de la Comarca de Hoya de Huesca, de 3 de diciembre de 2012, se adjudicó a la empresa CICPA el contrato para la “prestación del servicio de control de calidad del agua de consumo humano de la Comarca de la Hoya de Huesca”. Otra empresa —LASAOSA— también licitante, y que había obtenido la segunda mejor puntuación, interpuso recurso especial contra el acto de adjudicación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que lo estima, mediante su acuerdo 5/2013, de 25 de enero de 2013, anulando el acto impugnado y ordenando la exclusión de CICPA. Contra la resolución del TARC, la primera adjudicataria (empresa CICPA) interpuso recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por la Sentencia núm. 355/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2016. Son parte demandante la empresa CICPA y la Comarca de la Hoya de Huesca. Parte demandada es la empresa LASAOSA.

Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal examina tres pretensiones formales de la empresa demandada (LASAOSA) que son de interés.

24. Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recurso núm. 64/2013 y su acumulado núm. 69/2013, ponente Sr. Juan Carlos Zapata Hajar (ECLI:ES:TSJAR:2016:986).

La primera es la falta de legitimación activa de la Comarca de la Hoya de Huesca para interponer el recurso contencioso-administrativo contra el TARC. La demandada justifica su pretensión del siguiente modo: “por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.a) de la LJCA, la Comarca de la Hoya, órgano adjudicador del contrato, carece de legitimación, pues es un órgano sujeto al control del Tribunal de Contratos”. Este precepto, en sede de legitimación para acceder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, establece que “no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente” (antecedente de hecho sexto).

El Tribunal no comparte este razonamiento. La argumentación judicial parte de destacar la independencia de los TARC, de manera que contra sus resoluciones no cabe revisión en vía administrativa, sino únicamente recurso contencioso-administrativo. De todo ello cabe deducir que, a los efectos del artículo 20.a) de la LJCA, el TARC no es un órgano administrativo que impida al órgano sujeto a control la interposición del citado recurso judicial. En palabras del Tribunal: “A diferencia de otros órganos administrativos sectoriales de control, entre los más significados los Tribunales Económicos Administrativos, cuyas resoluciones sí pueden formar parte de la Administración tributaria a la que controlan pues sus resoluciones pueden ser revisadas en vía administrativa, pueden declararse lesivas y cabe interponer recurso de alzada contra ellas (arts. 213, 218 y 241 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria) los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, son órganos independientes funcionalmente creados por la Ley 30/2007 de 30 de octubre, Contratos del Sector Público, estando legitimados para recurrir sus decisiones toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso (art.312 de esta norma), de lo que debe concluirse que no están faltos de legitimación las Administraciones que actúen como órganos de contratación y adjudicación, si la resolución puede afectar a un interés o derecho suyo. A diferencia de otros órganos de control, frente a las decisiones de los Tribunales de contratos, sólo cabe recurso contencioso administrativo en atención a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1º y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y tal y como establece el art. 319

de la Ley 30/2007 no es posible su revisión en vía administrativa. De ello cabe inferir que a los efectos del art. 20.a) de la LRJCA, no es un órgano administrativo que impida al órgano sujeto a control la interposición del recurso contencioso administrativo. Así está recogido en el art. 19.4 de la LRJCA, cuando dice: Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad y en el art. 21.3 de la misma Ley, cuando indica que será parte demandada o bien la Administración o bien la persona favorecida, por lo que a sensu contrario, si la Administración no ha sido favorecida por la resolución del Tribunal de contratos, puede interponer recurso y en ningún caso cabe considerarla como parte demandada” (fundamento jurídico primero).

La segunda pretensión de la empresa demandada es la inadmisión de la demanda por el hecho de que el recurso se haya dirigido contra el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón. Se fundamenta esta pretensión en el hecho de que el TARC “no puede ser parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LJCA”. Este precepto legal establece, en efecto, que los TARC “no tendrán la consideración de parte demandada” en los recursos adoptados contra sus decisiones (antecedente de hecho sexto).

El Tribunal tampoco comparte este razonamiento. Comienza calificando el contenido del artículo 21.3 de la LJCA como “una decisión normativa muy poco explicable en términos procesales, pues deja las decisiones de un órgano ayunas de prueba y de defensa propia ante un Tribunal jurisdiccional y, en el mejor de los casos, encomendando la prueba y defensa a una parte del procedimiento”. Después de constatar que el recurso se dirigió contra el TARC y sabido lo establecido en el citado precepto legal, la Sentencia concluye que “ello no puede significar que, dirigida la demanda contra el Tribunal de Contratos, este órgano judicial no pueda rechazar -por ir en contra de la norma- esta pretensión y tener por demandada a la empresa que finalmente fue adjudicataria, pues entra dentro de los poderes de oficio del mismo” (fundamento jurídico segundo). Es decir, el tribunal puede de oficio tener como parte demandada a la otra empresa competidora (LASAOSA), a pesar de que la empresa recurrente (CICAP) haya dirigido formalmente su recurso contra el TARC.

La tercera pretensión de la empresa demandada es que se acoja la existencia de una “desviación procesal”, puesto que la empresa demandante “ha suscitado una pretensión de indemnización en vía judicial que no fue sustentada en vía administrativa” (antecedente de hecho sexto).

De nuevo, el Tribunal rechaza la pretensión: “No hay desviación procesal por no haber suscitado en vía administrativa la pretensión de responsabilidad patrimonial, que puede ser suscitada tal y como establecen los artículos 65.3 y 71.d) de la LJCA”. Aunque advierte: “Cuestión distinta es, como veremos, si cabe condenar a la Administración demandada como se solicita” (fundamento jurídico tercero).

En lo que ahora interesa destacar, respecto al fondo del asunto, la Sentencia estima parcialmente el recurso, anulando la resolución del TARC y declarando la validez del acuerdo de la Comarca de la Hoya de adjudicación del contrato a la primera empresa.

La empresa recurrente (CICAP), además de solicitar la anulación de la resolución del TARC, pide también el reconocimiento de situación jurídica individualizada, consistente en que “la Administración demandada” le abone una indemnización en concepto de daños (antecedente de hecho quinto y fundamento jurídico quinto). Esta misma empresa, en su escrito de conclusiones, afirma que la referencia hecha a “la Administración demandada” es un error y que, en realidad, lo que debería decirse es que se condene al pago de esa indemnización a la empresa adjudicataria LASAOSA.

La Sentencia entra a analizar la cuestión del pago de la indemnización y hace unas consideraciones muy relevantes.

De entrada, no acepta que haya existido error en la demanda ni la modificación del sujeto contra el que se dirige la acción de resarcimiento: “No cabe admitir un error en la identificación de la persona contra la que se dirige la acción de resarcimiento de daños. Esta modificación en sede de conclusiones no es posible en atención a lo dispuesto en el artículo 65.1 de la LJCA, que impide modificar las pretensiones de demanda y, con evidencia, la reclamación de daños es una pretensión” (fundamento jurídico quinto).

En segundo término, la empresa a la que se adjudicó el contrato tras la resolución del TARC no puede ser la responsable del pago de la indemnización, por la razón de que ella no ha dictado el acto

que origina el daño: “No cabe que la demandada en este proceso, por mor de lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LJCA, la empresa adjudicataria, aun estimando la demanda, sea la responsable de indemnización de los daños y perjuicios producidos por el acto recurrido y ello por la sencilla razón de que ella no ha dictado el acto que produce el daño y, por lo tanto, no puede ser responsable del perjuicio producido por éste” (fundamento jurídico quinto).

En tercer lugar, la responsabilidad debe atribuirse a la Administración de adscripción del TARC: “La Sala considera que la Administración responsable del perjuicio ocasionado por una resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, sería la Administración de la Comunidad Autónoma que es la que creó el Tribunal y la que tutela y financia su funcionamiento, además de estar adscrito al Departamento correspondiente del Gobierno de Aragón. Y ello en atención a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón” (fundamento jurídico quinto).

Por último, atendidas las circunstancias del caso concreto, el Tribunal concluye que no cabe atribuir responsabilidad a la Administración autonómica, por la razón de que la parte demandante no ha solicitado expresamente su condena al pago de la indemnización, no tiene obligación de personarse en el proceso y podría generarse indefensión: “No cabe en este procedimiento judicial la responsabilidad patrimonial que se suscita, al no haber solicitado expresamente la condena a la Administración autonómica que, por lo reiterado, no tiene obligación de personarse en este proceso, ni haber solicitado la condena en el momento procesal pertinente, para que, previo emplazamiento, pudiera haberse defendido de la pretensión indemnizatoria” (fundamento jurídico quinto).

Hechas todas estas consideraciones, la Sentencia concluye que debe desestimarse la petición de responsabilidad solicitada.

- 3) En una línea parecida a la anterior, algún otro pronunciamiento judicial también rechaza la pretensión del pago de una indemnización sustitutoria por la razón de que la parte actora no ha demandado expresamente a ninguna Administración, esto es, ni al TARC, ni a la Administración de adscripción ni a la Administración contratante, y, por tanto, tampoco ha establecido en la demanda

qué Administración es la responsable de responder del perjuicio causado.

Es el caso de la Sentencia núm. 77/2020, de 15 de enero de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁵.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vila-seca, de 3 de febrero de 2016, se adjudicó a la empresa “Unión Temporal de Empresas (UTE) Roige,s CB – Madac SA” el contrato relativo a “los servicios de conservación y mantenimiento de los edificios y dependencias municipales”. Otra empresa —“COMSA Service Facility Management, SAU”—, también licitante y que había obtenido idéntica puntuación, interpuso contra el acto de adjudicación recurso especial ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que lo estima parcialmente, mediante su resolución 37/2016, de 29 de marzo de 2016, anulando el acto impugnado, lo que conllevó la adjudicación del contrato a la empresa recurrente (COMSA). Contra la resolución del TARC, la primera adjudicataria (Roige,s CB – Madac SA) interpuso recurso contencioso-administrativo que es resuelto por la Sentencia núm. 77/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de enero de 2020. Es parte demandante la empresa Roige,s CB – Madac SA y parte demandada la empresa COMSA. Ninguna Administración adquiere estas condiciones ni comparece en el proceso.

En lo que ahora interesa destacar, la Sentencia estima parcialmente el recurso, anulando la resolución del TARC y declarando la validez del acuerdo municipal, por tanto, con adjudicación del contrato a la primera empresa (Roige,s – Madac SA).

La parte recurrente (Roige,s – Madac SA), además de pedir la anulación de la resolución del TARC, confirmándose la adjudicación del contrato a su favor, solicita también al tribunal que le reconozca el derecho a una indemnización por el beneficio industrial del 6 %, ya “que es un criterio tradicionalmente admitido para compensar a los licitadores injustamente preteridos” (fundamento jurídico cuarto).

En relación con la cuestión relativa a la indemnización solicitada, el Tribunal hace un conjunto de interesantes consideraciones.

25. Sentencia núm. 77/2020, de 15 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso núm. 239/2016, ponente Sr. Pedro Luis García Muñoz (ECLI:ES:TSJCAT:2020:5952).

De entrada, constata la dificultad de dar una respuesta, puesto que la responsabilidad patrimonial por anulación judicial de las resoluciones del TARC es una cuestión pendiente de un tratamiento adecuado por el ordenamiento jurídico: “La responsabilidad patrimonial por la anulación de los acuerdos dictados por los tribunales administrativos de contratación pública es una cuestión no resuelta adecuadamente en el ordenamiento jurídico”. Y añade: “Ya se han planteado dificultades a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a sus actos”. Tras la cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia afirma, respecto al TARC, que “su naturaleza es administrativa” y, por tanto, “la conclusión no puede ser otra que el régimen de responsabilidad patrimonial de sus actos se somete a los artículos 106 de la Constitución, artículo 91 y 92 de la Ley 39/2015 [...] y 32 y siguientes de la Ley 40/2015 [...], siendo competencia de la Administración de la Generalitat para conocer y resolver la reclamación, todo ello en relación con el artículo 21.3 de la LJCA de derivarse controversia jurisdiccional posteriormente” (fundamento jurídico cuarto, apartado 4).

Además, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña toma como referencia la Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y que ya hemos examinado. Sostiene que “se plantea la misma situación” y parece hacer suyas las afirmaciones del tribunal aragonés (fundamento jurídico cuarto, apartado 1).

En tercer lugar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la Sentencia constata que la parte actora no ha demandado a ninguna Administración pública: no lo es el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, “lo que puede encontrar justificación en la redacción del artículo 21.3 de la LJCA”, pero tampoco el Ayuntamiento de Vila-Seca ni la Administración autonómica (fundamento jurídico cuarto, apartado 1). En consecuencia, “tampoco se establece en la demanda qué Administración es [...] la responsable de responder del perjuicio ocasionado”, de manera que la demanda concluye “sin fijar quién habría de responder del pago de la suma” (fundamento jurídico cuarto, apartado segundo).

En cuarto lugar, el Tribunal se plantea la hipótesis de que el demandante estuviera dirigiendo su pretensión indemnizatoria contra el Ayuntamiento, opción que debe ser rechazada: “su actuación fue ajustada a Derecho, de modo que, pese a ello, se vería obligada

a soportar el pago de una indemnización por una actuación administrativa correcta [...] sólo modificada por la decisión del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público” (fundamento jurídico cuarto, apartado tercero).

Por último, señala la Sentencia que, de haberse concretado al Ayuntamiento como parte demandada, ello le habría impulsado a comparecer en el proceso, cosa que no ha ocurrido, de manera que su condena supondría la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva: “la concreción en la demanda de la Administración responsable y las razones por las que se le reclama podría haber motivado al Ayuntamiento a comparecer, de modo que supondría su eventual condena la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al producirse indefensión a la Corporación local, conculcando de esta manera el artículo 24 de la Constitución Española, al ser condenada sin haber conocido la imputación que se le realiza” (fundamento jurídico cuarto, apartado quinto).

Hechas todas estas consideraciones, la Sentencia concluye que debe terminar su examen “sin efectuar pronunciamiento por lo que se refiere a la fijación de la indemnización de daños y perjuicios” (fundamento jurídico cuarto). Lo que se traduce, ya en el fallo, en el acuerdo de “desestimar la pretensión de fijación de indemnización de daños y perjuicios”.

A esta sentencia formula un interesante y detallado voto particular el magistrado D. Eduardo Paricio Rallo. Comparte con el parecer de la mayoría que la empresa demandante tiene el derecho “a la adjudicación del contrato y, eventualmente, a una indemnización equivalente si no fuera posible a estas alturas acceder a la condición de contratista”. Ahora bien, discrepa respecto a que “la mayoría considera imposible reconocer dicho derecho en la medida en que no se puede identificar en el proceso un deudor susceptible de ser condenado” (apartado II.1).

Como punto de partida, el voto particular recuerda que, de conformidad con la vigente LJCA, “corresponde al actor la responsabilidad de identificar la resolución impugnada -artículo 45-, pero no la identificación de la parte demandada, puesto que tal identificación queda predeterminada en la propia Ley -artículo 21- sin intervención de la actora”. Y añade: “no puede descargarse en la recurrente la carga de identificar un demandado más allá de las previsiones de

la Ley. Entiendo que tampoco el órgano jurisdiccional podría exigir la comparecencia de una Administración en calidad de demanda si tal condición no queda establecida en la Ley”. La conclusión es que “la configuración actual del control jurisdiccional de las resoluciones adoptadas por los órganos especiales de recursos contractuales supone, en casos como el que nos ocupa, una quiebra del recurso de plena jurisdicción” (apartado II.2).

La Directiva 89/665/CEE, primero, y la Directiva 2007/66/CE, después, “impusieron a los Estados miembros la habilitación de un recurso eficaz en materia de contratación; recurso que debe incorporar necesariamente la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción [...] Una indemnización que puede suplir el derecho del legal adjudicatario a devenir contratista efectivo”. Desde esta perspectiva, “ningún sentido tendría que la Directiva imponga un recurso especial que incluya necesariamente la posibilidad de establecer una indemnización en favor del perjudicado, para que se pierda tal posibilidad en el subsiguiente recurso jurisdiccional [...] o la misma quede diferida a un eventual segundo procedimiento de responsabilidad una vez obtenido un primer pronunciamiento de anulación”. En otras palabras, “es absurdo que el resultado de la trasposición de la Directiva permita que el recurso especial tenga en algunos casos el efecto de perjudicar sin remedio al adjudicatario del contrato injustamente desplazado como sucede en este caso” (apartado II.3).

Según el voto particular, “el presente caso pone de relieve una deficiente transposición de la Directiva 2007/66/CE, en la medida en que estamos ante una configuración que niega a los licitadores perjudicados la posibilidad de obtener una indemnización o, en el mejor de los casos, pospone tal posibilidad a un incierto procedimiento posterior a la sentencia. No puede decirse que el recurso articulado de tal manera se aun recurso eficaz ni un recurso pleno como impone la Directiva citada”. Se añade: “En consecuencia, entiendo que procedía tramitar bien el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o, en todo caso, el planteamiento de una cuestión prejudicial europea antes de dictar sentencia” (apartado II.6).

Ahondando en la idea de que España ha realizado una deficiente transposición de la Directiva, el voto particular sostiene que dicha transposición “debería haber incorporado una previsión específica

en cuanto a la responsabilidad por errores cometidos en la resolución del recurso especial de contratación para hacer posible el imperativo de que el sistema de recurso sea de plena jurisdicción en todas sus fases o instancias” (apartado II.4). Aunque reconoce después que, “sea como fuere, entiendo que no se trataba de dar ahora ya una respuesta al problema general del régimen de responsabilidad material o por errores del órgano de resolución de recursos contractuales” (apartado II.5).

Aún con el ordenamiento vigente, el voto particular sostiene “que no se puede descartar *a priori* la responsabilidad de la Administración a la que se adscribe el órgano especial de recursos, como tampoco la responsabilidad objetiva del órgano de contratación” (apartado II.4).

La responsabilidad de la Administración de adscripción del TARC puede fundamentarse con base en las dos siguientes consideraciones. La primera es “que el daño es inmediatamente imputable a una actuación de dicho órgano”. Y la segunda es que, a pesar de la peculiaridad de su naturaleza jurídica, “se trata, en todo caso, de un órgano de naturaleza administrativa; un órgano cuyo régimen de adscripción es el ordinario de las Administraciones públicas. Por consiguiente, el régimen de responsabilidad al que se somete es el establecido con carácter general para las Administraciones públicas; esto es, una responsabilidad objetiva por daños causados a quien no tiene la obligación jurídica de soportarlos”. De cara al futuro, “puede resultar recomendable atemperar el ámbito o la intensidad de la responsabilidad que resulte exigible por sus decisiones, incluso eventualmente aplicar un régimen próximo al previsto para el error judicial, pero esa es una consideración de *lege ferenda*. De momento, el régimen de responsabilidad que corresponde al órgano de recursos contractuales es el establecido en la normativa administrativa general, no el especial régimen de responsabilidad judicial establecido en la Ley orgánica del poder judicial sólo para los órganos judiciales” (apartado II.4).

Por otro lado, “tampoco se puede descartar *a priori* la responsabilidad de la Administración contratante. En efecto, con independencia de su inocencia en el error que ha dado lugar al daño, cabe señalar que nuestro régimen de responsabilidad es objetivo, de forma que no sería extraño establecer una relación causal entre el daño y el contrato en el que el mismo se enmarca. En definitiva, el

recurso especial en materia de contratación tiene la finalidad de beneficiar el contrato, de forma que éste puede asumir también sus costes” (apartado II.4).

- 4) Dejamos constancia, por último, de que estamos a la espera de que el Tribunal Supremo dicte sentencia sobre una cuestión de interés casacional objetivo de relevancia en esta materia. Nos referimos a su auto de 27 de octubre de 2022²⁶.

El supuesto que da lugar a la interposición del recurso de casación es el siguiente y, como se verá, en él está presente nuevamente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El Ayuntamiento de Barcelona, por acuerdo de la Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad, en fecha 16 de noviembre de 2016, adjudicó a la empresa Multinau SL dos lotes del contrato de los servicios de limpieza y recogida selectiva en los edificios y locales municipales adscritos a las gerencias y distritos municipales. Contra el acuerdo de adjudicación, otra empresa licitadora —Optima Facility Services SL— interpuso recurso especial ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que lo estima mediante su resolución 68/2017, de 4 de abril, anulando la adjudicación municipal y ordenando retrotraer las actuaciones al momento de valoración de las ofertas incorporando la de la recurrente que había sido inicialmente excluida. Contra esta resolución, la empresa Multinau interpuso recurso contencioso-administrativo, que es estimado parcialmente por la Sentencia núm. 182/2020, de 21 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso núm. 198/2017, ponente Sr. Jordi Palomer Bou (ECLI:ES:TSJCAT:2020:5252).

En lo que ahora interesa destacar, la sentencia anula la resolución del TARC y también una posterior resolución del Pleno del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona que, en ejecución de esa resolución del TARC, modificó la adjudicación del contrato. Asimismo, la sentencia acuerda la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas para

26. Auto de 27 de octubre de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Supremo, recurso núm. 7303/2021, ponente Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo (ECLI:ES:TS:2022:14746A).

que se formule una nueva adjudicación, pero con exclusión de la realizada por la empresa Optima Facility Services.

Una vez firme la sentencia, en fecha 22 de septiembre de 2020, el Ayuntamiento de Barcelona presentó un escrito planteando la inexecución de la sentencia por imposibilidad, dado que el contrato, a estas alturas, ya se había ejecutado. La empresa Multinau, por su parte, presenta escrito solicitando que se le reconozca una indemnización por lucro cesante equivalente al 10 % por beneficio industrial. El Ayuntamiento de Barcelona se opone a esta petición negando el reconocimiento de indemnización alguna y, subsidiariamente, pidiendo que la indemnización quede limitada a los daños que haya acreditado la recurrente y, en todo caso, con el límite máximo del 6 % del beneficio industrial.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por auto de 29 de enero de 2021, por entender que una cuestión compleja similar había sido objeto de estudio por la misma sala en la Sentencia antes vista, núm. 77/2020, de 15 de enero de 2020, estimó el incidente de ejecución planteado por el Ayuntamiento de Barcelona, declaró la inexecución de la sentencia y denegó la pretensión indemnizatoria de la empresa, afirmando que no cabía en ese procedimiento condenar al citado ayuntamiento al pago de una indemnización sustitutoria. Contra esta decisión judicial, la empresa Multinau interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, sosteniendo que no hay impedimento legal para condenar al Ayuntamiento al pago de la indemnización solicitada y que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

El Tribunal Supremo, en su Auto de 27 de octubre de 2022, admite el recurso de casación interpuesto y considera que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión siguiente: "Si, en el ámbito de un incidente de inexecución de sentencia planteado por la Administración condenada a la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas y para que se formule nueva adjudicación, puede declararse el derecho de indemnización sustitutoria del adjudicatario inicial que después fue desplazado por el órgano de recursos contractuales y, en su caso cuál debe ser el alcance de esa indemnización sustitutoria".

En el momento en que se redactan estas páginas el Tribunal Supremo aún no ha dictado la Sentencia que debe resolver la cuestión indicada. Sin duda, es una oportunidad para contribuir a aclarar la solución jurídica de esta compleja cuestión.

6. Valoración de la situación actual y perspectivas de futuro

Hasta el día de hoy, son pocos los supuestos en los que se ha presentado una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños causados por el funcionamiento de los TARC. Pero, como hemos visto, la exigencia de esta responsabilidad es jurídicamente posible.

Es previsible, no obstante, que esta situación cambie en un futuro como consecuencia de la confluencia de los dos factores siguientes:

- 1) La creciente carga de trabajo e insuficiencia de medios de los TARC. Corren el riesgo de “morir de éxito”. Han funcionado tan bien que el legislador les ha ido progresivamente incrementando su carga de trabajo, por la vía de ampliar el objeto del recurso especial en materia de contratación. Paralelamente, en cambio, no se les ha dotado de los medios precisos para hacer frente a esa nueva realidad. Las consecuencias casi inexorables serán, por un lado, la bajada de la calidad de sus resoluciones (con el consiguiente riesgo de posterior anulación judicial) y el transcurso de un tiempo cada vez mayor para su aprobación (con el riesgo de incurrir en dilaciones que puedan ser calificadas de indebidas). En otras palabras, si no se pone remedio, parece inevitable un escenario en el que se multiplicarán los supuestos en los que cabe reclamar responsabilidad por el funcionamiento de los TARC.
- 2) La difusión y, por tanto, el mayor conocimiento de supuestos de declaración de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los TARC. El escaso número de reclamaciones presentadas hasta el día de hoy obedece, entre otras causas, al desconocimiento de la existencia de esta posibilidad. Es de esperar que, incrementado el número de supuestos potenciales de responsabilidad, aumenten asimismo las reclamaciones presentadas y, por tanto, también las estimadas. El conocimiento de estas condenas al pago de la indemnización servirá de incentivo para animar a presentar nuevas reclamaciones de este tipo en el futuro. Sentencias como la examinada del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria por apreciar la concurrencia de dilaciones indebidas, unidas a una

mayor difusión, corren el riesgo de provocar un preocupante “efecto llamada”.

7. Bibliografía

Sáez, C. y Cortadellas, T. (2023). El quebranto de la tutela judicial efectiva derivado de la falta de personación judicial de los tribunales administrativos de contratos del sector público. *Diario La Ley*, 10403, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2023, 1-11.

Sibina Tomàs, D. (2019). Tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC) y control jurisdiccional. En E. Malaret García (dir.). *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial* (pp. 417-470). Aranzadi.

CAPÍTULO VI

La ejecución de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Joaquín Tornos Mas

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona*

SUMARIO. 1. La creación de los tribunales administrativos de recursos contractuales. La búsqueda de un recurso eficaz. 2. La naturaleza de los tribunales administrativos de recursos contractuales. 3. La eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales. 4. La difícil oposición de la Administración contratante a la ejecución de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales. 5. Pero ¿qué ocurre si la Administración contratante no da cumplimiento a la resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales? 5.1. Las sanciones entre Administraciones públicas. 5.2. La ejecutividad de los actos administrativos cuando deben imponerse a un ente público. 6. Las otras soluciones. Recurso por inactividad y sanción penal. 7. Bibliografía.

1. La creación de los tribunales administrativos de recursos contractuales. La búsqueda de un recurso eficaz

La importancia de la contratación pública, y la necesidad de conseguir la correcta aplicación de la normativa que regula los procedimientos de preparación y adjudicación contractual, llevó a la aprobación de las llamadas directivas de recursos, con las que se pretendía forzar a los Estados miembros de la Unión Europea a establecer mecanismos eficaces de control de la fase previa contractual. Se aprobaron así las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE.

La finalidad de estas directivas no fue otra que tratar de conseguir que la normativa interna permitiera que los candidatos y licitadores que intervinieran en los procedimientos de adjudicación pudieran interponer recursos contra las infracciones legales que se pudieran producir en la tramitación de los procedimientos de selección, contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz¹.

Para ello, las directivas establecieron una serie de medidas procedimentales y organizativas con el fin de garantizar la eficacia de la resolución que pueda dictarse como consecuencia de una impugnación. Una de tales medidas es la suspensión del acuerdo de adjudicación hasta que transcurra un plazo suficiente para que los interesados puedan interponer sus recursos. Congruente con esta, se prevé también que en caso de interponerse un recurso la suspensión de los acuerdos de adjudicación se mantenga hasta que se resuelva sobre el fondo del recurso o, al menos, sobre el mantenimiento o no de la suspensión.

La Directiva 89/665/CEE estableció también exigencias organizativas respecto del órgano que debe conocer del recurso, pero no llegó a determinar el tipo de órgano, judicial o no, ya que debía respetar la autonomía organizativa de los Estados miembros. El legislador español, para dar respuesta a las exigencias comunitarias, optó por crear un recurso especial en materia de contratos públicos, recurso con un ámbito material delimitado, con un procedimiento especial (en el que destaca la eficacia suspensiva automática del acto de adjudicación si se impugna la adjudicación del contrato), atribuyendo la resolución del mismo a un órgano administrativo especializado e independiente², los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC). Este recurso especial, y la composición de los TARC, están hoy regulados en los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Los TARC responden a la figura prevista con carácter general en el artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC), esto es, “órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas”. De este modo el legislador español trató de buscar la eficacia del recurso no en sede judicial (se desconfiaba de la agilidad de los tribunales contencioso-administrativos, aunque se estableciera un procedimiento especial), sino en el recurso administrativo, pero en

1. Así lo afirma Santamaría Pastor (2015: 33).

2. *Vid.* por todos Gimeno Feliu (1995) y Razquin Lizarraga (2010), así como el número 288 (2010) de la revista *Documentación Administrativa*, dedicado a los tribunales administrativos de recursos contractuales central y autonómicos.

un recurso administrativo especial que debería resolver un órgano especializado e independiente.

La nota de la independencia tenía especial relevancia, pues de ella dependía la legitimidad de las resoluciones de los TARC³. Al mismo tiempo esta nota suponía que el recurso ante los TARC se diferenciara de los recursos administrativos ordinarios.

2. La naturaleza de los tribunales administrativos de recursos contractuales

La creación de estos órganos ha suscitado la duda sobre cuál es su verdadera naturaleza. ¿Son órganos judiciales, cuasijudiciales o administrativos?⁴

No estamos ante órganos judiciales, pues no se sitúan dentro del poder judicial (artículo 117.1 de la CE). Cuestión diversa es que se haya reconocido a los TARC naturaleza jurisdiccional a los efectos de poder plantear una cuestión prejudicial (STJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14). En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en su Resolución n.º 551/2023 de 18 de octubre. El Tribunal, de forma clara y fundada, afirma lo siguiente:

"[...] cal destacar que la Sentència del TJUE, de 6 d'octubre de 2015, dictada en l'assumpte Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, reconeix, als efectes de plantejar qüestions prejudicials d'acord amb l'article 267 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea, el caràcter d'òrgan jurisdiccional d'aquest Tribunal després d'analitzar, entre altres característiques, el caràcter obligatori de la seva jurisdicció, així com d'establir 'que las resoluciones del órgano remitente, cuya competencia no depende de un acuerdo entre las partes, son vinculantes para estas últimas (véanse el auto Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92, apartado 18 y jurisprudencia que allí se cita, y la sentencia Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754, apartado 28)'. I poc després afegeix que 'Ultra això, si bé el TJUE, en la sentència esmentada ut supra, va atribuir a aquest Tribunal la consideració d'òrgan jurisdiccional, a efectes de l'article 297 del TFUE, atès que gaudeix d'un status particular en comparació amb la majoria d'òrgans administratius en estar

3. Vilalta Reixach (2022: 121) afirma: "Así, en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el artículo 45.1 de la LCSP crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), el cual, aunque adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, deberá actuar 'con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias'. Y estas mismas exigencias de independencia se hacen extensivas para los tribunales administrativos de recursos contractuales que las comunidades autónomas y determinadas entidades locales pueden crear en sus respectivos territorios (ex art. 46 LCSP)".

4. Toscano Gil (2022).

proveït, en virtut de la normativa d'aplicació, d'independència funcional i d'àmplies facultats de decisió en els assumptes de la seva competència, com ara la capacitat d'adoptar mesures provisionals, d'anul·lar actes adoptats en el marc d'un procediment de contractació i, fins i tot, la potestat d'imposar sancions, entre altres, el cert és que no s'integra dins del poder judicial i, en conseqüència, no disposa dels mateixos mitjans de reacció davant un eventual incompliment de les seves resolucions que aquells que s'estableixen, per exemple, a la normativa reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa pels supòsits de manca d'execució d'una sentència, doncs ni la LCSP ni el RD 814/2015 no han dotat als tribunals de contractació de poders efectius d'execució pel que fa a les seves resolucions”.

Los TARC son, por tanto, órganos administrativos, pero dentro de la tipología de órganos administrativos debe destacarse su función como órganos de control, a los que se encomienda la resolución de un recurso frente a una actuación administrativa. La singularidad es que estos órganos de control independientes se sitúan en una posición de tercero frente a la Administración autora del acto, y por ello el recurso se diferencia del recurso administrativo ordinario.

Esta posición de tercero diferencia claramente a los TARC, o a los órganos garantes en materia de transparencia, del órgano de control que resuelve un recurso administrativo ordinario. El recurso administrativo ordinario tiene como principal misión permitir que la Administración autora del acto lo revise antes de ser llevada en su caso ante los tribunales. La Administración, a instancias de un tercero, puede dejar sin efecto o modificar su propia decisión. Lo que decida el órgano que resuelve un recurso administrativo ordinario será cumplido por la Administración autora del acto, ya que es ella misma la que ha adoptado la resolución del recurso.

Al crearse un órgano independiente al que se atribuye la función de resolver un litigio entre dos partes, el recurso administrativo cumple otra función, pasa a ejercer una función cuasijurisdiccional. Por ello es importante que sean órganos independientes respecto del órgano que adopta el acto cuya revisión se solicita. Esta independencia implica que no poseen una relación jerárquica con el órgano que deberá cumplir sus decisiones. Y ello suscita el problema que queremos analizar en este trabajo.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que estos órganos independientes ejercen, como hemos dicho, una función cuasijurisdiccional. La función jurisdiccional se compone de la potestad de decisión (juzgar) y de la coerción (ejecutar). Mediante la primera se resuelve un conflicto jurídico con carácter definitivo e irrevocable, mediante la segunda se puede imponer por

la fuerza el cumplimiento de dicha resolución. Los órganos independientes juzgan y deciden, aunque no de forma definitiva —sus actos resolutorios pueden impugnarse en sede judicial—, y carecen de coerción. Por ello, no ejercen una función jurisdiccional.

3. La eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Si la Ley de contratos regula con detalle la composición de estos órganos, y lo mismo las leyes autonómicas que los crean, y la Ley estatal regula también con detalle el procedimiento, muy poco se dice sobre la naturaleza y eficacia de las resoluciones de los TARC. La Ley estatal se limita a establecer lo siguiente:

“Artículo 57. Resolución del recurso especial.

[...]

4. En caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma.

[...]

Artículo 59. Efectos de la resolución del recurso especial.

1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva”.

Por su parte, el Real Decreto 814/2015, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su artículo 36 dispone lo siguiente:

“Las resoluciones que pongan fin al procedimiento de recurso se ejecutarán por el órgano de contratación autor del acto impugnado con sujeción estricta a sus términos.

Si la resolución acordara la anulación del procedimiento de licitación, para poder proceder a la adjudicación del contrato, el órgano de contratación deberá convocar una nueva licitación. Cuando proceda la retroacción del procedimiento, la anulación de trámites ordenada por el

Tribunal no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

2. Cuando la resolución acuerde la imposición al recurrente de multa, el pago deberá hacerse por los obligados en los plazos previstos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, para la recaudación en período voluntario. A tal fin, junto con la resolución que imponga la multa o la indemnización, se acompañará el documento de ingreso de la deuda correspondiente.

3. Los incidentes que planteen los interesados en relación con la ejecución de la resolución, se resolverán por el Tribunal previa audiencia de los interesados.

A tal fin, recibido el escrito planteando el incidente, el Tribunal dará traslado del mismo, con la documentación que lo acompañe, a los interesados a fin de que, durante el plazo de diez días hábiles, puedan alegar cuanto estimen oportuno.

Evacuado el trámite anterior o, en su caso, transcurrido el plazo para ello, el Tribunal resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles⁵.

Como vemos, la normativa aplicable se limita a recordar el carácter ejecutivo de los actos administrativos, y las resoluciones de los TARC ciertamente lo son. Pero son unas resoluciones singulares que se dictan en ejercicio de una función de control, una función que como hemos dicho posee carácter cuasijurisdiccional. Son resoluciones que se dictan por un órgano que no está en relación jerárquica respecto de la Administración que puede estar obligada a tener que cumplir con su resolución.

Por ello, ¿qué ocurre si la Administración contratante no deja sin efecto el contrato declarado contrario a derecho por el TARC, o no facilita la información que se le reclama? Los incumplimientos, no generales, no son tampoco hechos aislados, y lo relevante es que estos hechos cuestionan en su raíz la creación de unos recursos que se crean precisamente para ser eficaces, para evitar la litigiosidad contenciosa.

En este sentido, la información que se nos ha facilitado como consecuencia de la encuesta realizada entre los diferentes tribunales administra-

5. En la normativa catalana, el Decreto 221/2013 del Tribunal Catalán de Recursos Contractuales, en su artículo 27.2, dispone que "las resoluciones que pongan fin al procedimiento de recurso, reclamación o cuestión de nulidad se ejecutarán por el órgano de contratación o por la entidad contratante autora del acto impugnado con sujeción estricta a sus términos".

tivos de contratación es significativa⁶. Así, se afirma que, sobre una base de 22 resoluciones examinadas, se han planteado 8 incidentes de ejecución respecto de las mismas, lo que supone un porcentaje del 36,4 %. De estos incidentes, 7 han sido en el ámbito autonómico. A la pregunta: ¿Qué ocurre si la Administración contratante no ejecuta la resolución del TARC?, se responde, en tres casos, que no se ha dado este supuesto; en dos, que se lleva a cabo un requerimiento al responsable de la ejecución, y se añade que no es competente el Tribunal para la ejecución efectiva de sus resoluciones; en un caso, se señala que cabe recurso contencioso-administrativo; en otro, que el listado de poderes adjudicadores que incumple se publica en la memoria de la actividad del año; y en otros más se señala que no se poseen medidas coercitivas, que se aplican las previsiones legales y que se da cuenta del incumplimiento al Pleno.

Queda, pues, patente que el problema reside en que, al crearse estos órganos de resolución de recursos, no se ha reparado en la necesidad de darles el poder de hacer efectivas sus resoluciones, de poder “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

4. La difícil oposición de la Administración contratante a la ejecución de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales

La regulación legal de los TARC también ha tratado de reforzar la eficacia de las resoluciones de estos órganos, impidiendo que la Administración contratante pueda iniciar un procedimiento de revisión de oficio del acto del TARC por el que resuelve el recurso. De este modo se impide que la entidad contratante pueda recurrir a la potestad de revisión de oficio para oponerse a un acuerdo que le ha resultado desfavorable, tratando de dejarlo sin efecto, y que dentro de este procedimiento pueda acordar la suspensión de la eficacia del mismo, en virtud de lo establecido en el artículo 108 de la Ley 39/2015. De este modo la Ley impide que, en virtud del principio de personalidad única de la Administración, la entidad no conforme con la resolución de su órgano de resolución de los recursos contractuales la pueda revisar de oficio, dejando sin efecto el acuerdo que no le favorece. La independencia de los TARC se impone de este modo a la personalidad única de las Administraciones, y deja fuera de la acción de revisión de oficio los acuerdos dictados por los órganos de resolución de recursos contractuales.

6. Agradecemos la información a Ricard Gracia Retortillo y a la Fundación Carles Pi i Sunyer, autora de la encuesta.

Negada la revisión de oficio, la Administración contratante sí podrá impugnar en sede contencioso-administrativa el acuerdo del TARC. La resolución del TARC es un acto administrativo que pone fin a un procedimiento administrativo, a un procedimiento de control, pero como todo acto administrativo debe poder ser objeto de control judicial, y la Administración contratante estará legitimada para impugnar aquella resolución que estime sea contraria a derecho. Impugnado el acto, se podrá pedir en sede judicial la medida cautelar suspensiva. De este modo se paraliza la eficacia de la resolución del TARC.

Como ha dicho Razquin, “el artículo 59 de la LCSP declara que la resolución de los TARC es inmediatamente ejecutiva. Ello significa que debe ser ejecutada por los órganos de contratación. El posible recurso contencioso-administrativo contra ella no paraliza su ejecución, salvo que así lo acuerde expresamente la Sala judicial mediante la adopción de alguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 129 de la LJCA, que es muy difícil que se adopte a la vista del carácter de órgano independiente y especializado de los TARC. Esto constituye una gran ventaja para los recurrentes, puesto que se les garantiza una aplicación inmediata de la resolución y, seguramente, un amparo efectivo y rápido de su derecho, con la anulación de la actuación ilegal de la entidad del sector público de que se trate”⁷.

Por tanto, como dice el autor citado, la posibilidad de recurrir en vía contencioso-administrativa, y pedir y obtener en ella la suspensión de la eficacia del acuerdo del TARC, se matiza por la práctica judicial, que muestra una notable deferencia con las resoluciones de los TARC, negando las medidas cautelares suspensivas. Los tribunales son favorables a reforzar la eficacia de los acuerdos de los TARC, y por ello se resisten a suspender sus decisiones en sede de recurso⁸.

Como muestra de esta doctrina de los tribunales, según la cual la concesión de la suspensión cautelar de la eficacia de los acuerdos de los TARC debe ser excepcional, atendiendo a la especialización e independencia de estos órganos, puede verse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2019, rec. 1214/2017:

“Resaltamos que el objeto del presente recurso es la decisión del TARC y ha señalado esta Sala (SAN, Sección 4ª de 28 de noviembre de 2018, recurso 1025/2016):

7. *Vid.* Razquin Lizarraga (2018: 220).

8. *Vid.* al respecto Sibina Tomás (2020).

‘Es de la conformidad a derecho de esta resolución de lo que se trata (en este sentido, STS de 25 de mayo de 2015 -rec. 322/2014, esto es, de una resolución de un órgano especializado, cuya constitución, composición y régimen jurídico se regula actualmente en el RD 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Entre esos procedimientos de revisión que desarrolla, se encuentran las reclamaciones reguladas en el Título VII de la Ley 31/2007, de 30 de octubre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Pues bien, como ha declarado el Tribunal Supremo en relación con el recurso especial en materia de contratación aplicable en el régimen general de contratación (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), de naturaleza análoga, es preciso *preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa* (entre otras, SSTS de 23 de octubre de 2014 -rec. 3014/2013, 5 de noviembre de 2014 -rec. 3019/2013, o 22 de enero de 2015 -rec. 3017/2013).

De este modo, para desvirtuar esa cualificada presunción de legalidad, es precisa una argumentación reforzada y una actividad probatoria contundente que demuestre que esa resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, como órgano especializado, no es conforme a derecho”.

Más recientemente, en el mismo sentido, Auto de 26 de septiembre de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Con un carácter más general, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, rec. 3014/2013:

“Se trata este de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para ‘hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida’ (considerando 4º). Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar por que las decisiones adoptadas ‘por

los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz’.

Así, pues, la perspectiva desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeos y, en consecuencia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica la actuación administrativa (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)” (el énfasis es nuestro).

5. Pero ¿qué ocurre si la Administración contratante no da cumplimiento a la resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales?

Tras lo que hemos expuesto la pregunta inicial sigue abierta. Planteamos un primer supuesto de hecho. El TARC ha estimado un recurso y obliga a la Administración contratante a una determinada actuación, que por ejemplo puede consistir en dejar sin efecto una adjudicación, imponiendo se adjudique el contrato al otro único licitador. El ente contratante puede limitarse a no ejecutar este acuerdo, o, como acabamos de ver, puede impugnarlo en sede contenciosa, solicitando además la suspensión del acuerdo impugnado. Supongamos que se desestima la medida cautelar suspensiva, y la Administración contratante sigue sin dar cumplimiento a la resolución del TARC. ¿Qué puede hacer el recurrente que obtuvo una resolución favorable del TARC?

Veamos un segundo supuesto. En sede de un recurso especial en materia de contratación el Tribunal de contratos obliga a una Administración a facilitar determinada documentación, pero la Administración no la remite pese a las reiteradas peticiones y al incidente de ejecución planteado.

Como vimos, la LCSP afirma que los actos del TARC son ejecutivos, esto es, se presumen válidos y pueden llevarse a efecto. Pero ¿quién puede imponer la ejecución del acto, quién posee la autotutela ejecutiva?⁹

9. Razquin Lizarraga (2018: 222) dice al respecto: “el problema es que la LCSP no ha dotado a los TARC de poderes de ejecución sobre sus resoluciones. Estos tendrán que valerse de lo dispuesto en el artículo 36 del RD 814/2015 con la poca definición que este precepto otorga a los incidentes de ejecución, puesto que no los desarrolla y, además, tiene un simple rango reglamentario”.

La autotutela ejecutiva está pensada para imponer a un tercero, un administrado, un acto imperativo. Pero ¿qué ocurre si el acto se debe imponer a un órgano sobre el que no existe relación jerárquica, o a otra Administración? Surge en este momento el problema de las relaciones intra e interadministrativas, cuando no existe una relación de jerarquía entre quien resuelve el recurso y la entidad obligada a su cumplimiento. Como dijimos antes no estamos ante un recurso administrativo ordinario, pues se trata de un recurso ante un órgano independiente, no sometido a instrucciones jerárquicas, pero también sin poder jerárquico sobre otros órganos o Administraciones. Si la independencia legitima el contenido de la decisión, y permite suponer que se estimarán muchos más recursos administrativos que en el caso de los ordinarios, la independencia debilita la fuerza de la resolución si quien debe cumplirla no desea hacerlo.

De hecho, lo que estamos planteando es una cuestión que afecta a las relaciones interadministrativas. Por ello nuestra pregunta nos lleva a plantear algunas cuestiones de carácter general.

En su actuación los órganos administrativos aparecen investidos de potestades y competencias para cuyo ejercicio se les reconocen los privilegios de presunción de validez de sus actos y la fuerza ejecutiva de los mismos. En principio, si en la ejecución de estas decisiones se entra en relación con otro órgano o Administración se deberá acudir al principio de coordinación. Pero ¿qué ocurre cuando un órgano tiene atribuida una función cuasijurisdiccional, cuya efectividad requiere que sus decisiones puedan imponerse a otro órgano administrativo, con el que no posee una relación jerárquica, o a otra Administración?

Las leyes de régimen jurídico de las Administraciones públicas se han ocupado de las relaciones de colaboración, cooperación y coordinación, pero no contemplan las posibles relaciones de sujeción cuando no hay relación jerárquica entre órganos o respecto de otra Administración. Se pueden crear órganos de control independientes, que pueden resolver recursos en los que la Administración y el particular se encuentran en igualdad de condiciones. Estos órganos pueden condenar a la Administración. Pero no se han previsto los mecanismos para dotar de eficacia a sus resoluciones. En estos casos, si surgen relaciones de conflicto, se impone el deber de respetar el principio de lealtad o el de “observancia”.

El principio de lealtad institucional se establece en los artículos 3.1.e) y 140.1.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, como principio que deben respe-

tar las Administraciones en sus relaciones; por tanto, tanto en las relaciones interadministrativas como entre órganos de una misma Administración.

El principio de lealtad, en su vertiente negativa, supone que las Administraciones están obligadas a no realizar ni ejecutar actividad alguna que pueda suponer una merma de las competencias de las restantes Administraciones. En su vertiente positiva, la lealtad impone el deber de actuar para facilitar el ejercicio de las competencias de otras Administraciones.

Por lo que se refiere al mandato de observancia, que se establece en el artículo 39.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, supone una concreción del principio de lealtad en su vertiente positiva.

Estos principios, por tanto, en particular el principio de lealtad en su vertiente positiva y el de observancia, podrán ser alegados por el TARC con el fin de tratar de imponer sus resoluciones a los sujetos públicos renuentes a ejecutar sus decisiones. Pero carecen de verdadera fuerza coercitiva.

Hay que analizar, por tanto, si es posible sujetar a un ente público a la fuerza ejecutiva de la resolución de otra Administración, en particular cuando a una Administración se le ha encomendado la función de actuar como órgano cuasijurisdiccional. Cuestión relevante si se quiere que el recurso a los TARC sea efectivo.

5.1. Las sanciones entre Administraciones públicas

La sujeción de una Administración a las potestades de otra Administración cuenta con varios ejemplos en la legislación sectorial; así, en materia tributaria, urbanística, de dominio público y privado y de expropiación forzosa. Pero también cabe la posibilidad de que se recurra a las sanciones administrativas para sancionar a la Administración que no cumple el mandato de otra Administración. El derecho sancionador aparece así como el derecho garantizador de los actos administrativos, con la singularidad de que en este caso la sanción recaerá sobre otra Administración.

En el plano teórico se puede concluir que tanto las leyes generales como las sectoriales no parecen impedir que pueda ejercerse la potestad sancionadora sobre entes de carácter público. La regla general es que la Administración pública puede ser sujeto activo, y por tanto, responsable de infracciones propias como consecuencia de acciones de sus funcionarios, autoridades o incluso sujetos ajenos a la organización administrativa, aunque existe alguna jurisprudencia minoritaria que lo cuestiona. El principal

problema es el relativo al elemento de la culpabilidad, pues es difícil admitir que una persona jurídica pueda ser culpable en sentido estricto.

No entraremos ahora en el examen de esta cuestión. Admitamos, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, que una Administración puede ser sancionada. En el caso de la legislación contractual puede tipificarse como infracción el no dar cumplimiento al contenido de las resoluciones de los TARC. El problema es la eficacia de estas normas sancionadoras. Como se ha dicho, “el objetivo principal que tiene sancionar a cualquier persona jurídica en el ámbito del derecho administrativo es que se estimule el riguroso cumplimiento de los requisitos legales que se establecen en cada ámbito del ordenamiento jurídico”. Pero ¿quién podrá tramitar el procedimiento sancionador y quién podrá hacer efectiva la sanción caso de acordarse su imposición? Si una Administración no cumple con la resolución de facilitar determinada información, ¿instruirá contra sí misma un procedimiento sancionador? Y si llegara a ser sancionada por el TARC, ¿cumplirá con la sanción?

5.2. La ejecutividad de los actos administrativos cuando deben imponerse a un ente público

Como venimos reiterando, el problema principal del nuevo recurso especial es el que afecta a la ejecutividad de las resoluciones de los TARC. Este problema surge cuando la resolución es estimatoria del recurso y se impone al órgano de contratación una determinada conducta. ¿Qué ocurre si no se lleva a efecto lo que impone el TARC?

Esta pregunta nos devuelve de nuevo al problema de la ejecutividad de una resolución administrativa que trata de imponerse a otro ente público.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado en términos generales Xiol Ríos, en los términos siguientes: “puede adelantarse la conclusión, en una primera perspectiva, de que el ordenamiento jurídico prácticamente exige la intervención de los tribunales para que una administración pública lleve a cabo la ejecución forzosa de sus actos frente a otra cuando existe conflicto entre las mismas y la afectada puede justificar razonablemente que dicha ejecución obstaculiza o afecta a sus intereses y competencias, siempre que no exista un interés público de naturaleza superior a cargo de la administración

ejecutante que con arreglo al propio ordenamiento pueda considerarse prevalente¹⁰.

Si atendemos a lo que se dice en la frase final de la cita anterior se puede llegar a concluir que, cuando se crea un órgano cuasijurisdiccional al que se atribuye la función de resolver un litigio en el que es parte la Administración, sus decisiones deben gozar de la fuerza ejecutiva necesaria para imponerse a la Administración condenada, pues solo de este modo tiene sentido la creación del órgano de resolución de los conflictos. Si sus decisiones requieren el auxilio judicial para poder llevarse a efecto, pierde su razón de ser la creación de un órgano administrativo de resolución de litigios.

En todo caso, la ejecución forzosa de las resoluciones de los TARC no está contemplada de forma expresa en las normas de su creación y regulación. Ante este silencio podemos acudir a la norma general sobre el régimen de los actos administrativos, la Ley 39/2015. Dicha Ley reconoce la fuerza ejecutiva de los actos administrativos, sin exclusión (artículos 38 y 98 LPAC), y establece los medios de ejecución forzosa (artículos 99 a 104 LPAC).

Por tanto, si partimos del hecho de que la resolución del TARC es un acto administrativo, cabe concluir que en aplicación de la Ley general de procedimiento administrativo se puede recurrir a los medios de ejecución forzosa para imponer el contenido de la resolución. Pero al mismo tiempo se debe reconocer la singularidad del caso cuando el contenido del acto debe hacerse efectivo frente a otra Administración. Por ello, como se ha dicho, "cuando se procede a la ejecución forzosa en vía administrativa, no todos los medios catalogados por la ley son utilizables del mismo modo y con la misma intensidad frente a otras administraciones públicas"¹¹. En el supuesto en que el acto que se debe ejecutar comporta una obligación de hacer, el mecanismo de ejecución forzosa que parece adecuado es la multa coercitiva. Multas coercitivas que se pueden repetir hasta que se dé cumplimiento a lo que se ha acordado, y que son compatibles con las multas que puedan imponerse como sanción por el hecho tipificado como infracción administrativa de no cumplir con la resolución del TARC. En todo caso, dada la singularidad del supuesto, pues se trata de imponer la ejecución de un acto administrativo a otro ente público, la posible exigencia de multas coercitivas debería establecerse en la LCSP. Debe recordarse que el artículo 103

10. Xiol Ríos (2005: 70). El citado autor llega a esta conclusión teniendo en cuenta la posible adopción de medidas cautelares y la progresiva regulación de los conflictos interadministrativos como modalidad del contencioso-administrativo.

11. Xiol Ríos (2005: 72).

de la Ley 39/2015 exige que sea una ley la que establezca la posibilidad de exigir multas coercitivas.

6. Las otras soluciones. Recurso por inactividad y sanción penal

Reconocida la debilidad de la fuerza ejecutiva de las resoluciones de los TARC cuando deben imponerse a una Administración, quedan dos vías para tratar de lograr que sus decisiones se lleven a efecto, pero ambas comportan retrasos y no solventan el problema de la falta de eficacia del recurso administrativo ante los TARC.

Una primera consiste en instar al órgano obligado a cumplir con la resolución del TARC una vez la misma sea firme, y ante su negativa, iniciar una acción por inactividad. Al final, por tanto, se ha debido acudir a los tribunales para que lo resuelto por el TARC se lleve a efecto, lo que confirma el fracaso del recurso administrativo en materia contractual. Este recurso a la acción por inactividad es lo que propuso el Auto del TSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2014, cuando la parte que había obtenido en el TARC una resolución favorable a sus intereses le solicitó que la hiciera efectiva, una vez había desestimado la petición de medida cautelar (este Auto responde al primer supuesto al que antes hemos hecho referencia). El TSJ, con razón, manifiesta que lo que se le pide no es la ejecución de una medida cautelar, que había sido rechazada, sino la ejecución de una resolución dictada por el TARC. Añade que ciertamente la resolución del TARC es ejecutiva, pero otra cosa es que su ejecución se pueda pedir en un incidente de ejecución planteado a propósito de una medida cautelar desestimatoria. Por ello —concluye—, si lo que se pide en este incidente es la ejecución de la resolución administrativa, resulta necesario plantear antes en vía administrativa esta cuestión, bien mediante solicitud o requerimiento de ejecución, bien denunciando la inactividad material, para después llevar la cuestión a los tribunales, planteando la acción jurisdiccional contra el acto expreso o presunto correspondiente.

En la Resolución n.º 551/2023, de 18 de octubre, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, a que antes hicimos referencia, se aborda el segundo supuesto de hecho a que nos hemos referido con anterioridad. En este caso el Tribunal de contratos afirma lo siguiente:

“Aquest Tribunal no compta amb la habilitació legal corresponent per aplicar mesures coercitives per garantir a ALPHANET la correcta execució de la resolució esmentada per part de l’Ajuntament, però nihil obstat que aquella empresa, davant la pèrdua d’eficàcia dels acords

adoptats pel Tribunal, atesa la inactivitat de l'Ajuntament en aquest sentit, tot i estar directament vinculada per la seva executivitat en virtut de la normativa d'aplicació, així com d'acord amb el principi de legalitat i de bona administració que ha de guiar l'actuació de les administracions públiques, més encara en haver estat compel·lida en dues ocasions a l'efecte per la pròpia interessada abans de veure's obligada a plantejar aquest incident, pugui recórrer a la jurisdicció contenciosa administrativa (en aquest sentit, mutatis mutandis, les resolucions núm. 71/2023 i 30/2016 del TARCJA), o a qualsevol altra que consideri convenient, per revertir la situació d'indefensió generada per les circumstàncies que han estat exposades”.

Los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal de contratos son plenamente ajustados a derecho, pero al mismo tiempo plenamente insatisfactorios. Las resoluciones de los TARC, que perseguían lograr la eficacia en el control de la fase de adjudicación de los contratos, pueden quedar vacías de contenido, obligando a quien obtuvo una resolución favorable a tener que acudir tiempo después a una acción de inactividad ante los tribunales de lo contencioso.

Finalmente, la acción penal podría fundarse en un delito de prevaricación si la Administración obligada a dar cumplimiento a la resolución del TARC se niega a hacerlo de forma reiterada o no da respuesta a los requerimientos (prevaricación omisiva)¹². No conozco supuestos en los que se haya tratado de acudir a esta vía en casos de resoluciones de los TARC. Pero sí conozco un caso en el que se condenó penalmente a un alcalde pedáneo a dos años de inhabilitación como autor responsable de un delito de vulneración del ejercicio de derecho cívicos (artículo 542 del Código Penal), por no facilitar la información que le exigía dar a los peticionarios de la misma la Comisión de Transparencia de la Junta de Castilla y León. Así se resolvió en la interesante Sentencia 82/2021, de 9 de marzo, del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Ponferrada.

7. Bibliografía

- Gimeno Feliu, J. M.^a (1995). *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*. Madrid: Civitas.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2010). 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*, 25, 1-52.

12. Estas dos vías son las que propone Razquin Lizarraga (2018: 222).

- Razquin Lizarraga, M. M.^a (2018). Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *RVAP*, 110, 195-227.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sibina Tomàs, D. (2020). Tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC) y control jurisdiccional. En E. Malaret García (dir.). *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Toscano Gil, F. (2022). La naturaleza jurídica particular de los tribunales administrativos de recursos contractuales: ¿administrativa, judicial o cuasi jurisdiccional? *Revista General de Derecho Administrativo*, 61, 1-36.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *REALA*, 18, 119-136.
- Xiol Ríos, J. A. (2005). La utilización de técnicas de relación con particulares entre administraciones públicas: concesión; licencias; sanciones. La ejecutividad entre administraciones públicas. *QDL*, 8, 50-74.

CAPÍTULO VII

El auge de la actividad de los tribunales administrativos de recursos contractuales y la limitación de la extensión de los escritos

Iván Rodríguez Florido

*Investigador postdoctoral,
Universitat Pompeu Fabra*

SUMARIO. 1. El aumento de la actividad de los tribunales administrativos de recursos contractuales. 2. La proliferación de la limitación de escritos procesales en el ordenamiento español. 2.1. Las condiciones extrínsecas de los recursos de casación en el orden contencioso-administrativo. 2.2. La limitación de escritos procesales en la jurisdicción civil. 2.3. La limitación de escritos en otras instancias y la elaboración de guías orientativas. 3. La posibilidad de limitar los escritos sometidos a los tribunales administrativos de recursos contractuales.

1. El aumento de la actividad de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Una de las principales razones de ser de los recursos especiales en materia de contratación es la necesidad de contar con un sistema rápido y eficaz para garantizar la aplicación efectiva de la normativa en materia de contratación pública¹. Para tal fin el legislador español, tras la respectiva reprimenda por

1. Muestra de ello son los considerandos 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, en los cuales se afirmó que “los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones

parte de la Unión Europea², configuró un régimen de impugnación distinto de los tradicionales recursos administrativos ordinarios, cuyo conocimiento se atribuye a órganos administrativos especiales, dotados de autonomía, independencia, especialización y una naturaleza cuasi jurisdiccional³.

Sin embargo, el éxito de estos órganos administrativos puede ser también la semilla de su perdición, pues el aumento en el número de asuntos sometidos anualmente a su conocimiento puede poner en quiebra la eficacia y celeridad del sistema⁴. Para ello, estos órganos administrativos deben estar debidamente dimensionados y contar con las herramientas necesarias para abordar los respectivos asuntos con la mayor premura y eficiencia⁵.

La entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) comportó la ampliación del ámbito objetivo de impugnación, así como la reducción de los umbrales para acceder al recurso especial en materia de contratación, circunstancia que implicó un incremento en los asuntos susceptibles de ser sometidos a juicio de los tribuna-

comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse [...] la ausencia de los medios de recursos eficaces o la insuficiencia de los medios de recursos existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate". En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las disposiciones de la citada Directiva 98/665 están "destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse" (cdo. 43, STJUE, Sala Segunda, de 3 de marzo de 2005, *Fabricom SA vs. Estado belga*, asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03).

2. Vid. STJUE, Sala Segunda, de 3 de abril de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas vs. Reino de España*, asunto C-444/06, en la cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones de la Directiva 89/665/CEE del Consejo.

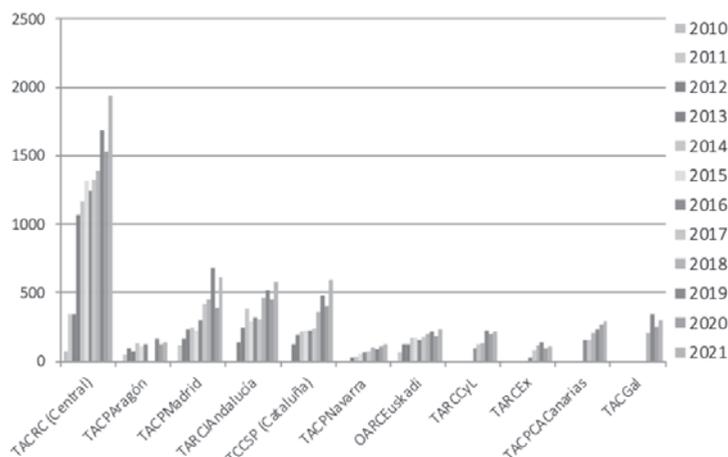
3. Vid. STJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme y Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, asunto C-203/14, en la cual se consideró que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público era un "órgano jurisdiccional" a los efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el planteamiento de cuestiones prejudiciales, en cuanto cumple con los requisitos del origen legal del órgano, permanencia, carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia.

4. Cabe destacar que la Comisión Europea, en su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE, de 24 de enero de 2017 [COM(2017) 28 final], concluyó que "en términos generales, los órganos administrativos de recurso de primera instancia son más eficaces que los órganos jurisdiccionales de primera instancia en términos de duración del procedimiento y de criterios de revisión" (p. 10).

5. Tal y como indicó la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) en el Informe anual de supervisión de la contratación pública de España de 2020: "Dado el aumento en términos absolutos del volumen de recursos y la ausencia de cambios en cuanto a su composición y dotación de recursos humanos, sería recomendable realizar una evaluación de cargas que verificase la adecuada dotación de órganos clave para el adecuado funcionamiento de la contratación del sector público" (p. 475).

les administrativos de recursos contractuales⁶. Este auge en el volumen de asuntos únicamente se vio frenado en 2020 debido a la situación provocada por la emergencia sanitaria de la COVID-19, tal y como acreditan los datos recopilados por el Centro de Investigación de Justicia Administrativa (CIJA) de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) en su informe anual sobre la justicia administrativa de 2022⁷.

Gráfico. Nuevos asuntos en los tribunales administrativos de recursos contractuales. Desglose por años desde su creación (2010-2021) [en números]



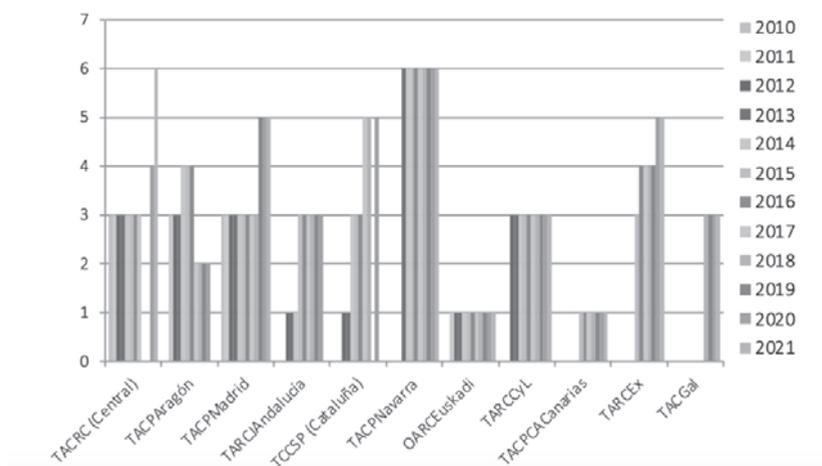
Fuente: *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022*. CIJA-UAM (p. 123).

6. Entre otras razones, como, por ejemplo, la función arbitral que se les atribuye en los sectores especiales (artículo 123.3 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero). Asimismo, si bien en menor medida, en Cataluña el aumento de los asuntos también puede justificarse por la derogación, en diciembre de 2021, de la tasa por la realización de actividades que son competencia del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, creada mediante la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, que añadió un título VII *ter* al texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalitat de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 3/2008. Dicha tasa recaía sobre las personas físicas o jurídicas que presentasen los respectivos recursos, las reclamaciones o las cuestiones de nulidad ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. Por el contrario, en otras comunidades autónomas, como por ejemplo Madrid, el coste de esta tasa recae sobre la entidad contratante autora de la actuación contra la cual se interponga el respectivo recurso (artículos 87-92 del Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre, introducido mediante la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público).

7. *Vid.* Egea de Haro, A. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM), y específicamente el capítulo IV, sobre el análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública (pp. 119-160), elaborado por la profesora Silvia Diez Sastre.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, este auge en el aumento de la actividad de los tribunales administrativos de recursos contractuales no ha ido acompañado de una mayor dotación de medios personales, económicos y materiales, circunstancia que pone en riesgo su utilidad, celeridad e independencia⁸.

Gráfico. Número de miembros –presidente, vocales y suplentes– de los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales. Desglose por años desde su creación (2010-2021) [en números]



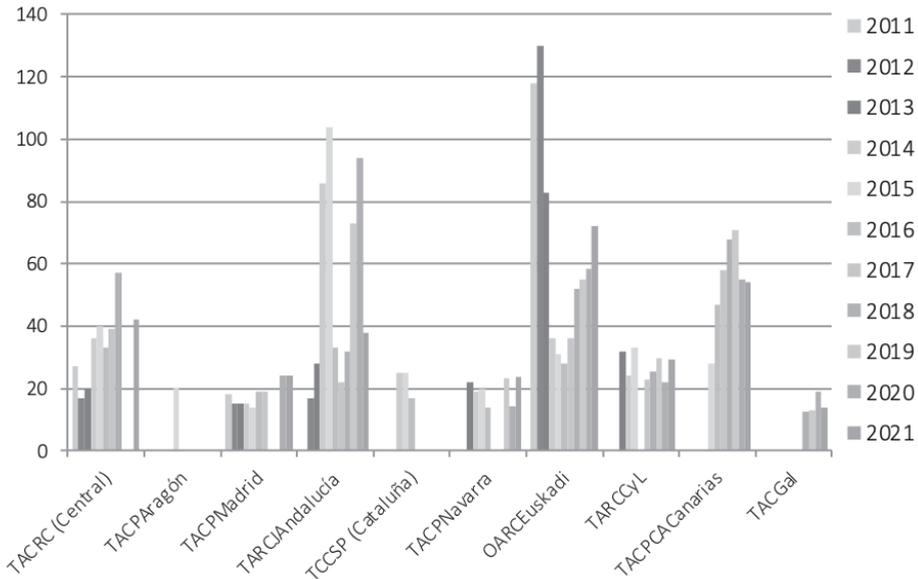
Fuente: Informe sobre la Justicia Administrativa 2022. CIJA-UAM (p. 139).

El aumento de la actividad de estos órganos contractuales y la falta de correlación de sus medios pueden comportar la dilatación de los plazos para la resolución de los asuntos sometidos a su juicio. Tal y como se detalla en el Informe sobre la Justicia Administrativa 2022, algunos órganos se acercan

8. En la Memoria 2021-2022 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público se alertó de la necesidad de que la misión de este órgano y todos los objetivos asociados requieran el cumplimiento de la preceptiva suficiencia de medios, una circunstancia vinculada a la garantía de independencia, así como de que "només amb una estructura organitzativa i funcional adequada i suficient pot assolir-se el principal objectiu del Tribunal, això és, garantir que el recurs especial en matèria de contractació funcioni com un instrument àgil i, sobretot, eficaç per evitar la mala praxi en la contractació pública amb el mínim impacte possible en la programació de les contractacions públiques de Catalunya, així com un instrument que salvaguardi la viabilitat de les pretensions dels operadors econòmics en un marc que garanteixi la seguretat jurídica i l'absoluta neutralitat en la resolució dels recursos [...] l'abast objectiu del recurs especial i la dimensió econòmica de l'activitat de resolució a Catalunya hauria de comportar una profunda reflexió a l'hora de reorganitzar el Tribunal, en particular, per a la determinació dels recursos que cal assignar i de la reformulació del seu règim pressupostari" (p. 73).

o superan ligeramente el plazo de dos meses establecido legalmente para su resolución (artículo 57.2 de la LCSP), si bien la falta de homogeneidad de los datos impide realizar una comparación en profundidad.

Gráfico. Duración media de los procedimientos de recursos desde la presentación hasta su resolución. Desglose por años desde su creación (2011-2021) [en días hábiles o naturales]

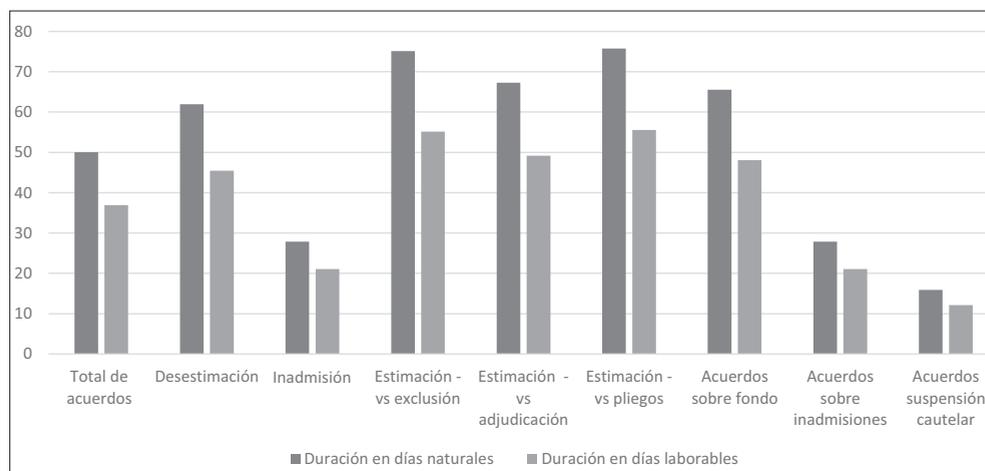


Fuente: Informe sobre la Justicia Administrativa 2022. CIJA-UAM (p. 137).

En el citado informe se indica que no constan datos de Aragón y Cataluña en cuanto a la duración de los procedimientos. Sobre el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), un análisis particular de los 127 acuerdos dictados durante el año 2022 nos permite apreciar que el tiempo medio de resolución es de 50 días naturales (37 días laborables)⁹. Si se analizan únicamente aquellas resoluciones que se han pronunciado sobre el fondo del asunto (estimaciones y desestimaciones), el tiempo de duración media de los procedimientos es de 66 días naturales (48 días laborables).

9. Se ha realizado un análisis del total de 127 acuerdos del TACPA dictados durante el año 2022, tomando como referencia la fecha de interposición del recurso especial en materia de contratación y la fecha en la cual se dicta el respectivo acuerdo.

Gráfico. Duración media de los procedimientos de recursos del TACPA desde la interposición hasta su resolución durante 2022. Desglose en función del sentido del acuerdo



Fuente: elaboración propia a partir de las resoluciones publicadas por el TACPA durante 2022.

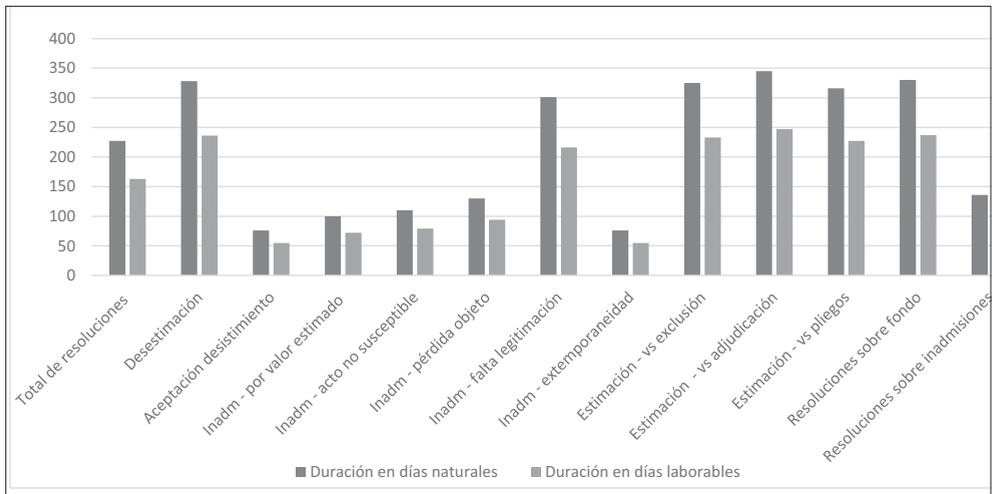
Sobre el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) hemos realizado un estudio particular analizando las resoluciones dictadas durante el año 2022¹⁰, tomando como referencia la fecha de interposición del recurso y el momento en que se dicta la resolución, y se puede apreciar que el tiempo medio de los procedimientos es de 226 días naturales (y 163 días laborables)¹¹.

10. Se han analizado un total de 357 resoluciones del TCCSP dictadas durante el año 2022, excluyendo del mismo algunas resoluciones con casos particulares y valores atípicos (por ejemplo, resoluciones sobre errores materiales, incidentes de ejecución con múltiples recursos o recursos contra modificaciones de concesiones). Se ha tomado como referencia del *dies a quo* la fecha de interposición del recurso especial en materia de contratación (con independencia de si se interponía directamente ante el TCCSP, ante el órgano de contratación u otras Administraciones), y como *dies ad quem* la fecha del pleno del TCCSP en la cual se ha resuelto.

11. Se debe advertir de la particularidad de estos datos, puesto que el TCCSP, desde noviembre de 2021 hasta abril de 2022, estuvo actuando únicamente a través de dos miembros vocales y con la presidencia vacante, momento en el que pasó a estar integrado por cuatro miembros. Asimismo, en junio de 2022, se dictó el Acuerdo GOV/127/2022, de 21 de junio, por el que se creó el Programa temporal para la tramitación y resolución de los recursos especiales y reclamaciones en materia de contratación pública sometidos al pronunciamiento del TCCSP, con el objetivo de articular un plan de contingencia para dotar a dicho órgano de los recursos necesarios para resolver los asuntos pendientes, resituar los plazos de resolución y atender debidamente a sus funciones.

Este período aumenta si se excluyen del promedio aquellos procedimientos en los cuales hay una terminación anticipada del recurrente (desistimiento) o inadmisiones (pérdida de objeto, extemporaneidad, falta de legitimación, etc.). En este sentido, en aquellos recursos en los cuales el TCCSP se pronuncia con estimación o desestimación de las pretensiones, el plazo medio es de 330 días naturales (237 días laborables). En cuanto a las resoluciones que terminan con una inadmisión, el plazo medio de duración del procedimiento es de 136 días naturales (95 días hábiles).

Gráfico. Duración media de los procedimientos de recursos del TCCSP desde la interposición hasta su resolución durante 2022. Desglose en función del sentido de la resolución



Fuente: elaboración propia a partir de las resoluciones publicadas por el TCCSP durante 2022.

Más allá del análisis concreto del TCCSP, cuyos plazos de resolución responden a circunstancias excepcionales de los últimos años, el auge del número de asuntos sometidos a los tribunales administrativos de recursos contractuales y la búsqueda de la preservación de su eficiencia y celeridad nos invitan a reflexionar sobre otro aspecto procedimental: la limitación de la extensión máxima de los escritos de las partes.

En cualquier ámbito administrativo o judicial, la extensión desmesurada de un escrito presentado redundará en una pérdida de eficiencia, carencias en la claridad del argumentario, dificultades en la lectura y, en definitiva, un aumento de los costes y recursos necesarios para su análisis, circunstancias que pueden implicar retrasos en la deliberación de los asuntos y en la toma

de decisiones. Estos perjuicios se proyectan con más intensidad, si cabe, en los recursos especiales en materia de contratación, en los cuales la celeridad y agilidad son claves para garantizar la aplicación efectiva de la normativa.

En la era de la información actual proliferan los escritos de extensión desmesurada¹², un problema auspiciado, entre otras cuestiones, por el uso de medios electrónicos (el abuso del *cortapega*)¹³, el acceso a información abundante y el auge de la inteligencia artificial (generador de textos). Ante este panorama, cabe plantearse la posibilidad de que los tribunales administrativos de recursos contractuales impongan condiciones extrínsecas de los escritos sometidos a su juicio como medida para fomentar la eficiencia en su funcionamiento, tales como la exigencia de una carátula a modo de resumen o la limitación de la extensión de los escritos.

2. La proliferación de la limitación de escritos procesales en el ordenamiento español

2.1. Las condiciones extrínsecas de los recursos de casación en el orden contencioso-administrativo

En el ámbito contencioso-administrativo, cabe destacar que tras la modificación operada en el año 2015 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), se instauró un nuevo régimen del recurso de casación en el cual, más allá de instaurar el interés casacional objetivo como piedra angular del nuevo sistema, destaca la potestad de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de determinar la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los respectivos escritos.

12. Se trata de una anomalía que incluso alcanza la elaboración de textos normativos, como por ejemplo el reciente Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan determinadas medidas, y que cuenta con una extensión de 224 páginas (BOE n.º 154, de 29 de junio de 2023, pp. 90565-90788). Paradójicamente, en dicho Real Decreto-ley, se modifica la regulación del recurso de casación penal, para introducir una serie de filtros, dada la situación existente en la Sala Segunda del Tribunal Supremo; entre otros, la exigencia de que se incluya en el escrito un breve extracto del motivo o motivos de casación que se pretenden esgrimir, así como la cita del precepto del Código Penal de carácter sustantivo que se considere vulnerado (artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

13. Sirvan como muestra de ellos las palabras de la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección Primera) n.º 128/2022 (rec. 70/2021), en la cual, tras plantearse qué hacer con tanto papel, se afirma que "en época del papelzero es urgente reforzar el principio elemental de economía forestal. En era del metaverso se hace más que necesario que los obreros jurídicos, y especialmente los iudices - los que dicen el Derecho - alcen su propia voz y no rellenen papel a base de cortapega, cuando basta citar la sentencia que se aplica, y cualquiera puede hoy leerla en su móvil. La demanda son 80 folios; la oposición a la impugnación, 48; y la sentencia salomónica del juez, 12: hasta la página nona no entra en el fondo".

Concretamente, en el párrafo tercero del vigente artículo 87 bis de la LJCA se prevé que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo puede “determinar, mediante acuerdo que se publicará en el ‘Boletín Oficial del Estado’, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación”.

En virtud de lo anterior, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en reunión de 20 de abril de 2016, acordó la extensión máxima y las condiciones extrínsecas de los escritos procesales del respectivo recurso¹⁴. Dichas condiciones se adoptaron con carácter preceptivo para las fases de interposición y oposición de los recursos de casación, y con carácter orientativo para los respectivos de preparación y de oposición. Las normas previstas abarcan aspectos diversos, tales como: (i) la extensión máxima de los escritos, tanto en límite de folios como de caracteres; (ii) la tipografía de los escritos, así como el tamaño, los interlineados y los márgenes; y (iii) la exigencia de una carátula con los distintos datos del procedimiento y de las partes¹⁵.

Sorprende en este punto que el Tribunal Supremo incluya los escritos relativos a la fase de preparación, por cuanto el artículo 87 bis de la LJCA no los menciona expresamente. Sin embargo, explica el alto tribunal que las razones que justifican la limitación de los escritos también predicen, si cabe con mayor intensidad, en la fase de preparación del recurso.

En este punto, la omisión del legislador se salva por parte de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo incluyendo la fase de preparación de los recursos de casación con carácter orientativo, circunstancia por la cual resulta difícilmente concebible una inadmisión de la preparación por incumplimiento de los requisitos formales en cuanto a la extensión y otras condiciones extrínsecas (recordemos en este punto el aforismo *inclusionis unius exclusio alterius*, comúnmente utilizado por la jurisprudencia como criterio exegético en la interpretación normativa).

14. Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, publicado en el BOE de 6 de julio de 2016, n.º 162.

15. Algunos tribunales superiores de justicia declararon la inadmisión de la preparación del recurso de casación invocando un incumplimiento de las condiciones extrínsecas del escrito procesal; sin embargo, el Tribunal Supremo recordó que en la fase de preparación son criterios meramente orientadores, por lo que “no puede anudarse la denegación de la preparación del recurso de casación al no seguimiento de unos criterios que se configuran como orientadores” (ATS de 29 de mayo de 2017, rec. 254/2017, ECLI:ES:TS:2017:5305A).

Sin duda, resulta necesaria una modificación de la LJCA que incluya expresamente la posibilidad de limitar y condicionar formalmente los escritos de preparación, por cuanto es en esta fase en la que se materializa la notable ampliación del ámbito objetivo de las resoluciones recurribles en casación, y en la que cobra más sentido la necesidad de catalizar el análisis de los recursos.

Tal y como indica el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, el establecimiento de normas o instrucciones destinadas a regular las condiciones formales de los escritos tiene una doble finalidad: por un lado, facilitar su lectura, análisis y decisión por parte del tribunal correspondiente, y por otro, establecer una estructura y un formato uniformes con vistas a su presentación telemática y su tratamiento digital¹⁶.

2.2. La limitación de escritos procesales en la jurisdicción civil

Esta novedad en nuestro ordenamiento interno se ha extendido a otros órdenes jurisdiccionales y a otras instancias del sistema¹⁷. En este punto encontramos el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de enero 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil¹⁸. En dicho acuerdo la Sala Primera destacó su preocupación por la extensión desmesurada de los escritos procesales y la dificultad que ello supone en la fase de admisión de los respectivos recursos¹⁹. Y

16. En este punto el precedente más cercano lo encontramos en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, en cuya virtud todo escrito de iniciación de un procedimiento judicial por medios electrónicos debe ir acompañado de un formulario debidamente cumplimentado (artículo 36.4 de la Ley 18/2011). Materia posteriormente desarrollada en el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET.

17. En el orden jurisdiccional penal, si bien no se ha acometido una limitación en cuanto a los escritos, mediante el Real Decreto-ley 5/2023 se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para exigir, en cuanto a los recursos de casación, un breve extracto del motivo o motivos de casación que se pretenden esgrimir (artículo 855 de la LECrim).

18. Dicho acuerdo sustituye el anterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, que, si bien regulaba aspectos formales de los escritos, en ningún momento imponía limitaciones en cuanto al número de páginas o caracteres. Sobre dichas limitaciones, se recomienda la lectura de Sigüenza López, J. (2021). Excesiva extensión de los escritos procesales como posible causa de inadmisión de los recursos extraordinarios en el orden civil de la jurisdicción, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.

19. Concretamente se afirma por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo: "En la experiencia de aplicación del Acuerdo de 2011 la sala viene observando con preocupación creciente cómo muchos de los escritos de interposición de los recursos presentan una extensión desmesurada que, lejos de facilitar su resolución, dificulta el trabajo de la fase de admisión, en-

para tratar de remediarlo, acordaron que una extensión excesiva podría ser considerada innecesaria y, en consecuencia, comportar la inadmisión del respectivo recurso²⁰.

El fundamento para adoptar tal decisión era realmente exiguo, y se encontraba básicamente en los artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) que exigían en los recursos una exposición razonada (artículo 471 de la LEC), con la necesaria extensión (artículo 481 de la LEC) y la posibilidad de inadmisión por no cumplir con los requisitos establecidos (artículo 483.2 de la LEC)²¹. Por ello, dichos criterios pasaron a ser considerados una recomendación y no una imposición estricta²². Sin embargo, con la aprobación del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, se ha modificado la LEC para habilitar expresamente a la Sala de Gobierno del Tribunal para determinar la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos de interposición y oposición de los recursos de casación (artículo 481.8 de la LEC), en idénticos términos a lo previsto en la LJCA.

Y en uso de esta nueva prerrogativa, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en su sesión de 8 de septiembre de 2023, ha adoptado un nuevo acuerdo relativo a la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de inter-

torpece el correcto entendimiento de las pretensiones del recurrente, introduce confusión en el debate y provoca que, en muchas ocasiones, los argumentos realmente relevantes queden oscurecidos en un cúmulo de alegaciones reiterativas e incluso contradictorias. Asimismo, se aprecia una tendencia a la introducción de largos antecedentes sobre el desarrollo del procedimiento en ambas instancias, en los que se entremezclan alegaciones relativas a los recursos, con olvido de que lo único que habrá de ser objeto de resolución por la sala son los motivos de infracción procesal y casación propiamente dichos”.

20. La Sala Primera del Tribunal Supremo considera “que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen”.

21. Todos ellos con su redacción anterior a la modificación operada por el artículo 225.10 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.

22. Muestra de ello es la STS de la Sala de lo Civil (Pleno) n.º 1/2021, de 13 de enero de 2021 (rec. 312/2018), en cuyo fundamento de derecho segundo se analiza una cuestión previa de admisibilidad por la excesiva extensión del escrito. En dicha sentencia, el Tribunal recuerda que, si bien la extensión es un aspecto de gran importancia para la recta administración de justicia, el criterio general de la suficiencia de la extensión señalada en 25 folios puede ceder en determinados casos, como por ejemplo “cuando por razón del número de las partes personadas, de la complejidad jurídica de la materia tratada, de la diversidad de relaciones jurídicas que integren el caput controversiae, del número de infracciones legales denunciadas, el carácter prolijo de los antecedentes de hecho, u otras circunstancias”. Asimismo, en la STS, Sala de lo Civil (Sección Primera), n.º 283/2022, de 4 de abril de 2022 (rec. 4145/2018), se rechazó la causa de inadmisibilidad alegando que, “dadas las circunstancias concurrentes, la extensión del recurso no la podemos elevar a óbice determinante de admisibilidad, dado que no entorpece la comprensión de los motivos del recurso, ni merma el derecho de defensa de la entidad demandada, que comprendió perfectamente los términos en que fue formulado como resulta de su escrito de oposición”.

posición y oposición de los recursos de casación civil, conforme a la habilitación del artículo 481.8 de la LEC. Al igual que sucede en la casación contencioso-administrativa, las normas prevén: (i) una extensión máxima, en cuanto a folios y caracteres; (ii) un formato determinado en cuanto a tipografía y otras cuestiones extrínsecas²³; y (iii) la exigencia de una carátula. Sin embargo, dichas normas presentan una relevante novedad, y es la posibilidad de superar la extensión máxima de los escritos, siempre que concurren circunstancias especiales de carácter excepcional, las cuales deben justificarse en la respectiva carátula²⁴.

Estas formalidades de los escritos procesales y el esfuerzo de síntesis exigido, así como la exigencia de la respectiva carátula, se adoptan con el objetivo de facilitar la claridad y la precisión exigidas en la exposición del recurso, y para evitar defectos y omisiones de contenido que puedan determinar la inadmisión. Del mismo modo, considera la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que estas formalidades facilitarán a la Sección de admisión “la revisión de los presupuestos formales y de contenido que exige la ley, y la identificación de los elementos esenciales del recurso”.

En la aplicación de estos criterios, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo considera que el incumplimiento de la extensión máxima es un defecto que no puede ser subsanado sin afectar al contenido del recurso, al contrario de lo que sucede con otras condiciones extrínsecas, como por ejemplo la carátula. Por lo tanto, no es posible conceder un trámite de subsanación para evitar la inadmisión del escrito²⁵.

23. Al igual que sucede en la casación del orden contencioso-administrativo, se determina una extensión máxima de los escritos de interposición y oposición de 50 000 caracteres con espacio, equivalente a 25 folios, incluyendo notas a pie de página, imágenes y demás recursos gráficos que se puedan utilizar. En cuanto al formato, se impone la tipografía “Times New Roman”, con un tamaño de 12 puntos en texto y de 10 puntos en notas a pie de página o transcripciones de normas o sentencias, con un interlineado de 1,5 y márgenes horizontales y verticales de 2,5 cm, entre otras cuestiones.

24. La regulación de la carátula para la casación del orden civil es notablemente más completa que la respectiva de la casación contencioso-administrativa, y se estructura en los siguientes apartados: (i) identificación de las partes; (ii) resolución recurrida; (iii) cauce de acceso a la casación, esto es, si se acude a la vía del interés casacional (artículo 477.4 de la LEC) o al procedimiento de tutela de derechos fundamentales (artículo 481.1 de la LEC); (iv) si se trata de un recurso de tramitación preferente, y fundamentación de la misma; (v) motivos enumerados del recurso de casación, indicando expresamente en cada motivo la norma procesal o sustantiva en cuya infracción se funde este, el resumen de la infracción cometida, la modalidad de interés casacional invocada o, en su caso, la infracción de la respectiva norma procesal; (vi) doctrina jurisprudencial que se interesa de la Sala; (vii) pronunciamientos que se interesan sobre el objeto del pleito; (viii) justificación, si procede, de la superación de la extensión máxima prevista; (ix) petición de celebración de vista.

25. Así se afirma en el ATS (Sala de lo Civil) de 13 de marzo de 2024 (rec. 238/2023, ECLI:ES:TS:2024:2926A) que confirmó la inadmisión de un recurso de casación de 33 páginas y 71 231 caracteres. Además, en dicha resolución se avala que las respectivas audiencias provinciales, en una primera fase de análisis de los requisitos de admisión con carácter previo a su

Los criterios y consecuencias establecidos en 2017 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo fueron asumidos por las secciones civiles y mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid respecto del número de páginas máximo y las formalidades, mediante acuerdo de la junta sectorial de magistrados de las respectivas secciones de 19 de septiembre de 2019.

Frente a ello se interpuso por parte del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid un recurso que, previa inadmisión por parte del Consejo General de Poder Judicial, al interpretar que el acuerdo no era recurrible, ha sido analizado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (STS 775/2021, de 1 de junio de 2021, rec. 137/2020, ECLI:ES:TS:2021:2206).

Si bien se estima que el recurso no debió ser inadmitido, el Tribunal Supremo desestima las cuestiones sobre el fondo del litigio. En primer lugar, afirmando la importancia de los criterios fijados, por cuanto son adecuados para aquello que es primordial en el ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, la identificación precisa de las cuestiones jurídicas suscitadas y, por ende, una cabal respuesta a las mismas. En segundo lugar, en cuanto a las consecuencias por el incumplimiento de los criterios formales, considera el Tribunal Supremo que no había un deber procesal de inadmisión que deba ser observado por las distintas secciones²⁶, circunstancia por la cual no hay una manifiesta falta de habilitación legal ni se lacera el derecho de defensa²⁷.

remisión al Tribunal Supremo, puedan controlar este requisito objetivo relativo a la extensión y, en su caso, inadmitir directamente.

26. En este sentido, no constan inadmisiones por parte de las distintas audiencias provinciales por la extensión de los escritos. De hecho, tal y como afirma la SAP de Madrid (Secc. 11.ª) de 26 de febrero de 2021 (rec. 60/2021), “la limitación a la extensión de los escritos que consideró el acuerdo de la junta de Magistrados de esta Audiencia, secciones civiles y sección de lo mercantil, sigue el criterio de nuestro Tribunal Supremo a modo de recomendación para facilitar la labor del tribunal y aun de las partes con el criterio de que la síntesis y adecuada ordenación de los escritos redundan en una respuesta más ajustada a lo pedido y al menor empleo de tiempo en el resumen de lo que se solicita, pero sin que ello pueda convertirse en un criterio de exclusión o de inadmisión del recurso no previsto legalmente”. Por otra parte, la SAP de Madrid (Secc. 8.ª) n.º 97/2020, de 14 de julio de 2020 (rec. 177/2020), afirma que “la extensión del recurso no es causa de inadmisión de la apelación, únicamente lo son las previstas en la Ley entre las que esta no se encuentra”.

27. Concretamente, se afirma en el FJ Quinto de la STS que, “a la vista de dicho texto, no es difícil apreciar que no hay en él el establecimiento de un deber procesal de inadmisión, que como tal deba ser observado por las distintas secciones. Por el contrario, las frases que en él se incluyen, referidas a una extensión excesiva y a que ésta puede ser considerada innecesaria y, en consecuencia, puede dar lugar a la inadmisión del recurso, advierten tan solo de una posibilidad, sujeta no a la mera constatación de la extensión excesiva, sino a la comprobada concurrencia de las consecuencias perjudiciales para el deseable ejercicio de la función jurisdiccional indicadas en letra cursiva en el párrafo segundo de este fundamento de derecho, pues es esto lo que también se asume. Por ello, no podemos compartir que el apartado 9 de los acuerdos adoptados en aquella junta sectorial careza manifiestamente de la necesaria habilitación legal, ni, tampoco, que lacere el derecho de defensa, pues la primera ha de pregonarse, desde el

2.3. La limitación de escritos en otras instancias y la elaboración de guías orientativas

Por último, cabe mencionar que la limitación de escritos también se ha acordado por parte del Tribunal Constitucional para el recurso de amparo. Mediante un Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional, de 15 de marzo de 2023, se reguló la presentación de los respectivos recursos de amparo a través de la sede electrónica, y, entre otras exigencias, se impone que las demandas tendrán una extensión máxima de 50 000 caracteres, y se exige la utilización de una tipografía y un tamaño de letra determinados, así como la cumplimentación de un formulario a modo de resumen de los aspectos principales²⁸.

Esta limitación de escritos también se puede encontrar en los trámites celebrados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹ y ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰. Asimismo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tiene reglas específicas sobre el límite de palabras de los escritos presentados por las partes en función del tipo de documento (*rule 33 de las rules of the Suprem Court of the United States*, adoptadas el 5 de diciembre de 2022).

A todo ello debemos sumar las iniciativas de otros órganos jurisdiccionales con carácter indicativo y orientativo, como por ejemplo la *Guía de buenas prácticas sobre escritos e informes orales y actuaciones judiciales*, consensuada en el seno de la Comisión Mixta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña,

mismo texto constitucional, para todo acuerdo razonable cuyo fin sea encauzar el correcto desenvolvimiento del proceso y, por tanto, la mejor prestación del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva; y el segundo no sufre en realidad desde el mismo momento en que la dirección letrada de cualquiera de las partes puede exponer, y obliga a considerar, la necesidad de una mayor extensión de sus escritos”.

28. En concreto, según el Tribunal Constitucional: “la presentación exigirá la cumplimentación de un formulario, al que se accederá desde la sede electrónica del Tribunal, que, además de la identificación de los recurrentes y de los profesionales que les representen y asistan, contenga: a) Una exposición concisa de las vulneraciones constitucionales denunciadas. b) Una breve justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso. c) La indicación del modo en que se ha producido el agotamiento de la vía judicial previa. El contenido de lo expuesto permitirá al Tribunal, en su caso, descartar la concurrencia de la lesión constitucional, de la especial trascendencia del recurso o del debido agotamiento de la vía judicial previa” (cdo. segundo, Acuerdo de 15 de marzo de 2023, del Pleno del Tribunal Constitucional, BOE n.º 70, de 23 de marzo de 2023, pp. 43478-43479).

29. Concretamente, en el artículo 47 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, de 1 de agosto de 2018, se impone el uso de un formulario para la demanda, con una extensión máxima de 20 páginas.

30. Una habilitación legal prevista en el artículo 58 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012, y concretada en las Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia, publicadas en el DOUE n.º 42, de 14 de febrero de 2020, pp. 1001-1014. En dichas instrucciones se imponen diversas limitaciones a los escritos, tales como 20 folios para las observaciones escritas en las cuestiones prejudiciales, 30 páginas en las demandas, salvo cuando concurren circunstancias especiales, o 25 páginas con carácter general en los recursos de casación y contestación.

el *Consell de l'Advocacia Catalana* (CICAC) y el *Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona* (ICAB), el 13 de enero de 2021³¹. Dicha guía, si bien no es vinculante, incluye una serie de principios orientadores de buenos usos y se aplica al ámbito civil, mercantil y contencioso-administrativo, tanto para prácticas escritas como orales³². Asimismo, el apartado final hace referencia a las sentencias, recordando que la LEC exige que sean claras, precisas y congruentes³³.

3. La posibilidad de limitar los escritos sometidos a los tribunales administrativos de recursos contractuales

En el contexto de los órganos de resolución de los recursos contractuales no encontramos actualmente acuerdos preceptivos en cuanto a la limitación de los escritos ni condiciones formales de los mismos. En el ámbito de la contratación pública sí que se ha reconocido que los órganos de contratación pueden imponer determinadas condiciones y limitaciones en la extensión de las ofertas presentadas por los licitadores y, en algunos casos, justificar la exclusión por el incumplimiento de estos³⁴.

Asimismo, con carácter general en el ámbito del procedimiento administrativo común, la fundamentación legal para la imposición de una

31. Dicha guía fue aprobada por el Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 20 de noviembre de 2020.

32. En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la guía recomienda que, por regla general, las demandas en procedimientos abreviados y ordinarios no superen los 20-25 folios, y en asuntos de complejidad media-alta, los 30, parámetros que únicamente se podrían superar "muy excepcionalmente" en asuntos altamente complejos.

33. Se reconoce en la guía que "en muchas ocasiones las sentencias no respetan las exigencias de concisión y claridad que serían deseables y exigibles. El uso reiterado, y en muchos casos excesivo y superfluo, de incorporar (cortando y pegando) a las resoluciones judiciales, pronunciamientos (sentencias o autos) de otros tribunales, sin tamiz o resumen alguno, puede dificultar la adecuada comprensión tanto del supuesto de hecho que se está realmente ventilando en el proceso como de las razones jurídicas que han llevado al juez/a o tribunal a inadmitir, estimar o desestimar las correspondientes pretensiones" (p. 11).

34. En la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 7.^a), de 26 de noviembre de 2012 (rec. 2322/2011, ECLI:ES:TS:2012:9164), se afirmó que "la simple superación del límite de folios de las ofertas presentadas carece de entidad suficiente como para determinar la anulación de las adjudicaciones, debiendo convenirse con la sentencia recurrida en el carácter de una mera irregularidad no invalidante de la resolución adjudicadora de las concesiones". Sin embargo, tal y como sintetiza la Resolución 1038/2016, de 16 de diciembre de 2016, del TACRC, en determinadas ocasiones el incumplimiento del límite máximo fijado en los pliegos resulta de tal magnitud cuantitativa que lo convierte en un incumplimiento cualitativo. En la Resolución 105/2020, de 23 de enero de 2020, del TACRC (rec. 1413/2019), se avala la exclusión de un licitador que presentó una oferta con una extensión superior al doble de la permitida en los pliegos. Más recientemente, en la Resolución 970/2023, de 20 de julio de 2023, del TACRC (rec. 872/2023), se estima un recurso contra la exclusión por este motivo, al apreciar que los pliegos no contemplaban la sanción de exclusión para la extralimitación de folios, y no ser posible vincular el exceso de hojas a la aplicación de un criterio de valoración concreto.

extensión limitada en los escritos se encuentra en el artículo 66.6 de la Ley 39/2015, según el cual las Administraciones pueden establecer expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, en cuyo caso serán de uso obligatorio por los interesados. A partir de este precepto es común que las Administraciones impongan formularios específicos para determinados trámites, con un respectivo límite de espaciado y caracteres.

Pero los órganos de resolución de recursos contractuales no han abordado esta cuestión, al menos con carácter preceptivo, hasta ahora, ante la falta de fundamento legal habilitante. En este sentido, destaca el Acuerdo de 27 de mayo de 2021 del Pleno del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCM) sobre recomendaciones en la extensión del recurso. En dicho documento el TACPCM recuerda la importancia de la accesibilidad y la celeridad del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, aspectos que se manifiestan en los brevísimos plazos para su tramitación.

Expuesto lo anterior, el TACPCM aprecia que hay actuaciones de los recurrentes que perjudican la consecución de los objetivos de celeridad y accesibilidad, así como son contrarias a la naturaleza del recurso, en particular “la extensión del escrito de interposición del recurso, resultando absolutamente desproporcionado a los motivos de impugnación alegados, llegando a superar muchas veces los 50 folios, y hasta 173 en su extremo”.

Una extensión excesiva que, en palabras del TACPCM, dificulta la “lectura, análisis y decisión” de los recursos, así como entorpece la labor administrativa e imposibilita el cumplimiento de los plazos por los órganos de contratación. Ante estas circunstancias, el TACPCM propone una extensión máxima del recurso especial, a título de mera recomendación, en cuanto reconoce que no existe habilitación legal para fijar la misma³⁵.

Es cierto que la LCSP no contempla actualmente la posibilidad de los tribunales administrativos de recursos contractuales de limitar la extensión de los escritos ni la imposición de condiciones extrínsecas. En este sentido, tampoco cabe subsumir una extensión excesiva en algunas de las tasadas causas de inadmisión del artículo 55 de la LCSP.

El artículo 51 de la LCSP exige que el escrito de interposición haga constar el acto recurrido y el motivo que fundamente el recurso. En base a

35. Concretamente, el TACPCM recomienda una “extensión máxima de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Arial con un tamaño de 12 puntos”.

este precepto algunos tribunales administrativos de recursos contractuales, como por ejemplo el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), han acordado la inadmisión de recursos por la falta de fundamentación de la pretensión y la presentación de escritos con “una exposición completamente errática, farragosa y desordenada de las supuestas infracciones” (Resolución del TARCJA n.º 411/2023, de 8 de septiembre de 2023, rec. 371/2023)³⁶. Sin embargo, dicho precepto no parece dar cobertura suficiente para la inadmisión de un recurso por tener una extensión excesiva de folios o caracteres.

La extensión de los escritos de los recurrentes ha sido utilizada en determinados casos por los órganos contractuales como argumento adicional para la imposición de multas por temeridad³⁷, pero esta es una medida cuasi sancionadora, de carácter reactivo y con escasa publicidad, que no aporta mayores soluciones más allá de reprender una conducta concreta.

Por todo ello, sería necesaria una modificación de la LCSP que incluya expresamente la potestad de los tribunales administrativos de recursos contractuales de determinar la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos que se presenten ante ellos. Asimismo, el incumplimiento de dichos requisitos debería preverse como causa de inadmisión del recurso, del informe del órgano de contratación o de las alegaciones de terceros interesados. El respectivo acuerdo del órgano de recursos contractuales debería contar con la difusión suficiente, publicándose en el respectivo diario oficial correspondiente y en su portal web.

36. En dicha resolución se advierte “que el recurso adolece de falta de concreción y de la debida fundamentación o motivación con relación a la pretensión de anulación de la licitación por infracciones de la normativa reguladora en materia de contratación, no pudiendo, como ya hemos indicado, suplir al recurrente en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. En nuestra Resolución 302/2020, de 10 de septiembre ya nos manifestamos al respecto afirmando que ‘El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre’”.

37. Por ejemplo, se aprecia en la Resolución del TACRC n.º 1292/2019, de 11 de noviembre de 2019 (rec. 1164/2019), en la cual se impuso una multa por temeridad de 2000 euros al apreciar que, entre otros motivos, “el recurrente imputa al citado anexo una omisión que no existe, lo cual es apreciable con solo leer ese Anexo, lo que nos lleva a apreciar que la conducta de la recurrente en la interposición de este recurso, muy extenso, ha sido temeraria y está incurso en una clara ausencia de buena fe, ya que no se puede imputar una omisión que a simple vista se aprecia que no se ha producido”.

Más allá de la regulación de una extensión máxima de los escritos, puede resultar de interés la exigencia de una carátula a los efectos de identificar fácilmente los aspectos principales del recurso (legitimación, acto impugnado, plazo, tipología y valor estimado del contrato, medios de prueba, etc.). Dicha carátula permitiría detectar rápidamente aquellos recursos que deben ser inadmitidos con total claridad.

Es cierto que los ejemplos citados anteriormente obedecen a recursos jurisdiccionales de carácter extraordinario, cuyo ámbito de conocimiento es limitado, y en los cuales un esfuerzo de síntesis resulta más acuciante por no tratarse de una primera instancia. Sin embargo, en el ámbito de los recursos especiales en materia de contratación esta concisión también puede vincularse al hecho de estar ante la impugnación de una actuación administrativa previa y la necesidad de combatir concreta y fundadamente las infracciones detectadas.

La naturaleza cuasi jurisdiccional de los tribunales administrativos de recursos contractuales³⁸, el carácter revisor de sus funciones, así como la imperiosa necesidad de garantizar la celeridad en su actuación, refuerzan la necesidad de imponer reglas formales a los escritos, que garanticen su claridad y concisión. Toda formalidad deberá ser razonable y proporcional, admitiendo en su caso supuestos excepcionales en los cuales resulte justificada una vasta extensión de los escritos a tenor de los hechos, las cuestiones jurídicas planteadas o la especial complejidad del caso concreto.

Por último, cabe invocar que en otros países de nuestro entorno la limitación de los escritos procesales prolifera, como por ejemplo sucede en Italia. En el artículo 3 del Decreto de 22 de diciembre de 2016, de disciplina de los criterios de redacción y de los límites dimensionales de los recursos y otros actos defensivos en el proceso administrativo (ref. 16A08997), se prevé la posibilidad de imponer límites a las dimensiones de los documentos procesales de las partes y otros requisitos tipográficos³⁹. En este sentido, cuanto los tribunales administrativos constatan que los escritos procesales presen-

38. Véase la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 (asunto C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664) anteriormente citada.

39. En dicho precepto se regulan los límites dimensionales de los escritos procesales de las partes, imponiendo una extensión máxima de caracteres (y páginas aproximadas) en función de su naturaleza y contenido. Por ejemplo: "b) en los procedimientos ordinarios, en los procedimientos abreviados comunes a que se refiere el artículo 119, en los procedimientos contractuales, en los procedimientos electorales a que se refieren los artículos 130 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo, y en los procedimientos de ejecución de resoluciones dictadas en el marco de dichos procedimientos, 70 000 caracteres (correspondientes a unas 35 páginas en el formato a que se refiere el artículo 8)" (la traducción es nuestra).

tados exceden el número de páginas normativamente previsto, optan por la omisión del fragmento de escrito excedido y el análisis de las cuestiones planteadas en la respectiva primera parte del escrito⁴⁰.

Se trata de una medida que está prevista, desde el año 2016, en el propio Código del proceso administrativo, que pretende una tramitación expedita de los recursos en coherencia con los principios de concisión y claridad exigidos a las partes⁴¹. Para la fijación de los límites dimensionales la propia norma afirma que deberán tenerse en cuenta el valor real del litigio, su carácter técnico y los intereses perseguidos por las partes.

40. Esta solución se adopta en la Resolución del Tribunal Administrativo Regional de Lombardía (Sección Primera) de 20 de marzo de 2023 (registro general 1778/2021), en la cual se afirma: "Los escritos de contestación presentados por MM s.p.a. y el Ayuntamiento de Milán, respectivamente el 22 de diciembre de 2022 y el 23 de diciembre de 2022, superan los límites de tamaño [...] Por lo tanto, de conformidad con el artículo 13-ter, apartado 5, de las normas de desarrollo del Código de Procedimiento Administrativo, la Sala no examinará las cuestiones tratadas en las páginas que superan los límites mencionados" (la traducción es nuestra).

41. Concretamente, en el artículo 13 ter del anexo II ("*allegato 2 norma di attuazione*") del Decreto Legislativo n.º 104, de 2 de julio de 2010 (ref. 10G0127), con plena remisión al decreto del presidente del Consejo de Estado en cuanto a las respectivas limitaciones y previendo en su apartado quinto que "el juez está obligado a examinar todas las cuestiones tratadas en las páginas comprendidas dentro de los límites", así como que "la falta de examen de las cuestiones contenidas en las páginas siguientes al límite máximo no es motivo de recurso" (la traducción es nuestra). Sobre dicho precepto, se ha interpretado por el Consejo de Estado que, "según la más correcta exégesis, esta disposición no da al juez el derecho de examinar o no las cuestiones tratadas en las páginas siguientes al límite máximo, sino que, en cambio, respetando los principios de tercera parte e imparcialidad, obliga al juez a no examinar las cuestiones que excedan el número máximo de páginas, con el efecto, por ejemplo, de no poder pronunciarse sobre solicitudes de medidas cautelares monocráticas presentadas después del número máximo de páginas permitido" (Sentencia n.º 8487 del *Consiglio di Stato*, Secc. V, de 22 de septiembre de 2023; la traducción es nuestra). En cuanto a las obligaciones de concisión, el propio Consejo de Estado ha afirmado que su esencia "no reside en el número de páginas o líneas de cada página, sino en la proporción entre la multiplicidad y complejidad de los temas debatidos y la amplitud del acto que los transmite, en ya que la concisión es 'un concepto de relación, que expresa una correcta proporción entre dos cantidades, el volumen, por un lado, de las cuestiones a examinar y, por el otro, la consistencia del acto –apelación, escrito o, finalmente, sentencia– llamado a examinarlos [...] y es, hay que añadir aquí, a nivel procesal un buen medio, un valor instrumental con respecto a el objetivo último, y el valor superior, de la claridad e inteligibilidad de la decisión en su trayectoria motivacional" (Sentencia n.º 7045 del *Consiglio di Stato*, Secc. III, de 20 de octubre de 2021; la traducción es nuestra).

CAPÍTULO VIII

La potestad sancionadora de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Ernest Alemany Selle

Letrado del Servei Català de la Salut.

Doctorando de Derecho Administrativo (Universidad de Barcelona)

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Trabajo de campo. 3. El recurso especial en materia de contratación y sus efectos suspensivos. 4. La naturaleza jurídica de las sanciones de multa. 5. La configuración de la temeridad y la mala fe en la interposición del recurso especial en materia de contratación. 5.1. La buena fe como pieza fundamental para la detección del ejercicio abusivo del recurso especial. 5.2. La regulación de la temeridad y la mala fe en la normativa de contratos del sector público. 5.3. La concepción de la temeridad y la mala fe por parte de los tribunales administrativos de recursos contractuales y la jurisprudencia. 6. Elementos a tener en cuenta para la graduación de las sanciones. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Este trabajo es un análisis del ejercicio de la potestad sancionadora de los tribunales administrativos de recursos contractuales¹, en relación con la aplicación de las multas que pueden imponer a las personas interesadas, por la interposición temeraria, o con mala fe, del recurso especial en materia de contratación.

Asimismo, no solo es objeto de estudio la configuración de la temeridad y la mala fe en este contexto, sino que también se analiza el sistema

1. Cada vez que se mencione el término “tribunal de recursos contractuales”, también se estará haciendo mención, implícitamente, de los órganos de recursos contractuales constituidos en la actualidad, como podrían ser, por ejemplo, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales, cuyo ámbito de actuación se circunscribe a la Diputación Foral de Araba.

de graduación de las sanciones, y los elementos que deberían tenerse en cuenta para determinar los perjuicios eventualmente irrogados a los poderes adjudicadores por la suspensión de los procedimientos de contratación.

Fruto de la experiencia profesional, y realizado el presente estudio, se evidencia que los tribunales administrativos de recursos contractuales no siempre responden del mismo modo en circunstancias similares, ante la petición de sanción que formulan los órganos de contratación cuando se ha interpuesto un recurso especial en materia de contratación con escasa o inexistente viabilidad jurídica, causando un perjuicio patente y acreditado al ente del sector público que ha promovido el contrato.

Este perjuicio, en la mayoría de los casos, no se ve resarcido en las situaciones en que se acaba imponiendo una sanción, dado que el coste público de tramitación del recurso —tanto del órgano de contratación como del tribunal de recursos que lo conoce y resuelve— se considera mayor que el importe de la sanción, que resulta ser, habitualmente, de 1000 euros, es decir, el mínimo establecido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Además del coste público que se acaba de mencionar, si se añaden los perjuicios inherentes a la paralización de los procedimientos de contratación pública, ya sea porque el recurrente ha solicitado su suspensión, o porque el recurso se dirige contra la adjudicación del contrato y por ello opera la suspensión automática del artículo 53 de la LCSP, se podría llegar a considerar que las sanciones impuestas por los tribunales administrativos de recursos contractuales, a veces, no cumplen con la finalidad de disuasión de la conducta infractora que debería presidir el ejercicio de la potestad sancionadora, en los términos en que nuestro ordenamiento jurídico lo configura.

Todo ello tiene su relevancia por el efecto reflejo que produce en el normal funcionamiento de los servicios públicos implicados. Ello es así porque la contratación pública es un instrumento que media para la consecución de las finalidades institucionales, y para la correcta prestación de servicios públicos por parte de los entes contratantes, y por lo tanto estamos ante un asunto de interés general, digno de toda protección.

2. Trabajo de campo

Para complementar el presente estudio y saber de forma precisa qué están declarando los tribunales administrativos de recursos contractuales, se ha

realizado un trabajo de campo consistente en el análisis de las resoluciones dictadas por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en los ejercicios 2017, 2018 y 2019, y hasta el día 30 de junio de 2020². En este periodo se identificaron un total de 173 resoluciones (2,91 % sobre el total de la muestra, que asciende a 5943 resoluciones) donde se ha debatido sobre la apreciación de temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Para extraer más información sobre estos datos se hace necesario distinguir la información obtenida de cada tribunal en relación con cada ejercicio³. De este modo, las cifras que se muestran a continuación reflejan la cantidad de resoluciones que han debatido la idoneidad, o la falta de idoneidad, de la imposición de la sanción económica, con independencia del resultado final, con los dos parámetros que aquí se acaban de citar:

Tabla 1
Número de resoluciones publicadas por el TCCSP y el TACRC durante los ejercicios 2017, 2018, 2019 y mitad del 2020

AÑO	2017	2018	2019	2020 (hasta el 30/06)
TCCSP	5 (de 186)	17 (de 355)	36 (de 401)	23 (de 232)
TACRC	28 (de 1242)	27 (de 1251)	15 (de 1527)	22 (de 749)
TOTAL RESOLUCIONES	173 (de 5943)			

Nota: Elaboración propia, a través de las resoluciones publicadas por ambos tribunales administrativos de recursos contractuales, publicada en el depósito digital de la Universidad de Barcelona.

2. Puede encontrarse la muestra obtenida en el depósito digital de la Universidad de Barcelona, cuyo enlace se muestra a continuación: <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/172009>, en el marco del trabajo final de Máster de Gestión Pública Avanzada impartido por esta Universidad durante el curso 2019-2020 (Alemany Selle, 2020).

3. La elección de ambos tribunales administrativos de recursos contractuales que fueron objeto de estudio se realizó por razones de proximidad, respecto del TCCSP, y de representatividad, referente al TACRC, en cuanto que este último es el órgano competente para conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación formulados en 7 comunidades autónomas, así como las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, según la información publicada por el Ministerio de Hacienda y Función Pública —en cuanto que en 2016 y 2018 finalizó la vigencia de los respectivos convenios de colaboración formalizados con las comunidades autónomas de Extremadura y Galicia, las cuales, en la actualidad, han constituido un tribunal de recursos contractuales propio—. Dicha información puede consultarse en la siguiente dirección web: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/TACRC/Paginas/Conveniossobreatribuci%C3%B3ndecompetenciasalTribunal.aspx>.

Las cifras que se acaban de citar se reflejan porcentualmente a continuación, y arrojan las siguientes cantidades:

Tabla 2
Porcentaje de resoluciones, por tribunal y año, donde se ha debatido sobre la apreciación de temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial en materia de contratación

AÑO	2017	2018	2019	2020 (hasta el 30/06)
TCCSP	2,68 %	4,78 %	8,97 %	9,91 %
TACRC	2,25 %	2,15 %	0,98 %	2,93 %

Nota: Elaboración propia, a través de las resoluciones publicadas por ambos tribunales administrativos de recursos contractuales, publicada en el depósito digital de la Universidad de Barcelona.

Se pueden observar dos tendencias diferenciadas, una por cada tribunal de recursos. Es decir, si bien es cierto que las resoluciones del TCCSP tienden a debatir cada vez más la idoneidad en la imposición de la sanción económica, tanto por temeridad como por mala fe, no es menos cierto que en el caso del TACRC esta tendencia no existe. Todo lo contrario; se puede observar cómo en el ejercicio 2019 hubo una caída, porcentualmente hablando, de las resoluciones que realizaron este ejercicio de discrecionalidad, en cuanto que únicamente el 0,98 % de dichas resoluciones entablaron ese debate. En cambio, el TCCSP ha pasado de entrar en el fondo de dicha cuestión en un 2,68 % de las resoluciones publicadas en 2017, a hacerlo en un 9,91 % de las resoluciones a mediados del ejercicio 2020.

Este aumento puede haberse producido, hipotéticamente, por el incremento en el número de recursos especiales en materia de contratación que han sido resueltos por ambos tribunales, siendo causa de ello la ampliación del ámbito objetivo y subjetivo del recurso especial en materia de contratación, introducida por la LCSP respecto de la anterior legislación de contratos. Esto es así, además, por la modificación operada en su artículo 44.1.a), por el que se establece que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios que tengan un valor estimado superior a cien mil euros (siendo dichas cantidades, en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

—TRLCS—, de 221 000 euros para los contratos de servicios y suministro, y, para los contratos de obras —todos ellos SARA—, de valor estimado igual o superior a 5 548 000 euros).

Por todo ello, no solo se ha visto aumentado el número de recursos especiales en materia de contratación que deben resolver los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales, sino que además se puede entrever un mayor interés sobre esta institución, la potestad sancionadora, reflejándose ello en un incremento del número de resoluciones que han entrado en el fondo sobre este particular.

3. El recurso especial en materia de contratación y sus efectos suspensivos

El origen del recurso especial en materia de contratación puede encontrarse en el artículo 1 de la Directiva 89/665, en la redacción dada por la 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.

En este precepto se instó a los Estados miembros a que tomaran las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores pudieran ser recurridas de forma eficaz y lo más rápidamente posible. En este sentido, a través de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que ha modificado, entre otras, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se constituyó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A este tribunal le corresponde la ordenación, instrucción y emisión de resoluciones en relación con el recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad, introducida, como novedad, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y que carece de funciones consultivas (Cómez Merino, 2011: 126).

Asimismo, hay que recordar que el camino hasta la implantación de este recurso *ad hoc* en materia de contratación pública no ha sido nada sencillo de recorrer. En realidad, no fue hasta la condena al Reino de España por el Tribunal de Justicia en Sentencia de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/06) cuando el legislador tomó verdadera conciencia de la necesidad de dotar al ámbito contractual público de un sistema de recursos propio (Bernal Blay, 2016: 366).

Este instrumento de revisión fue objeto de desarrollo por 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 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Esta disposición de carácter general, tal y como indica su propio preámbulo, desarrolla la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que, como consecuencia de la necesidad de incorporar a nuestra legislación el contenido de las directivas de recursos en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, introdujo modificaciones en las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Actualmente el recurso especial en materia de contratación se regula en los artículos 44 y siguientes de la LCSP. En dicho precepto se establece que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones relacionados en el apartado segundo de ese mismo artículo, cuando se refieran a los contratos que pretendan concertar las Administraciones públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, haciendo referencia a los contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios que tengan un valor estimado superior a cien mil euros; los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de dichos contratos, así como los contratos basados en cualquiera de ellos; y las concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

También establece la LCSP, en este mismo artículo 44, que serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características, no sea posible fijar su precio de licitación, o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios. Asimismo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la LCSP, y los encargos cuando, por sus características, no sea posible fijar su importe, o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

La naturaleza jurídica del recurso especial en materia de contratación es administrativa especial, y excluyente, ex artículo 44.5 de la LCSP, por el que se establece que contra las actuaciones que se citan en este precepto no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios. Además es potestativo, en cuanto que las personas interesadas pueden formular o bien el referido recurso especial, o bien un recurso contencioso-administrativo en los términos y condiciones regulados en los artículos 25

y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

Ahora bien, siendo cierto que es un derecho de cualquier persona interesada poder accionar esta vía de revisión⁴, no es menos cierto que la interposición del recurso especial en materia de contratación debe observar siempre los estándares de buena fe e idoneidad en su articulación. Es así por la consecuencia que el artículo 53 de la LCSP prevé que se puede derivar de su mera interposición, esto es, la suspensión automática del procedimiento de contratación con efectos *ope legis*, cuando se formula contra el acuerdo de adjudicación del contrato.

Así, por la mera interposición del recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de un contrato, se suspende la tramitación del procedimiento de contratación. Además, dicha suspensión también puede requerirse por la parte interesada mediante la solicitud de medidas cautelares, al amparo de lo establecido en el artículo 49 de la LCSP, cuando el recurso especial se dirige contra cualquier otro acto de distinta naturaleza, produciéndose los mismos efectos que para el supuesto anterior.

Este hecho cobra importancia porque, ya sea por la vía de interposición del recurso especial contra los actos de adjudicación de los contratos, o por la vía de solicitud de las medidas cautelares, el procedimiento de contratación puede quedar en suspenso, prescindiendo —en el primero de los casos— de las instituciones del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* para tomar la decisión de suspender el procedimiento de contratación⁵. Al respecto, no podemos olvidar que un instrumento de contratación pública no persigue otra cosa que cumplir con una finalidad institucional, con la

4. El recurso especial es una vía de revisión actualmente gratuita, sin necesidad de postulación procesal, y por lo tanto cualquier persona interesada —con o sin conocimientos de derecho en general y de contratación pública en particular— puede presentar un recurso especial. No obstante, se hace necesario señalar que estamos ante un procedimiento de revisión extraordinariamente eficiente y funcional, dado que la tasa de judicialización de las resoluciones de los tribunales de recursos es muy baja. En este sentido, solo el 5,03 % de las resoluciones del TCCSP fueron recurridas en sede contencioso-administrativa (Memoria del TCCSP de 2020, p. 28), siendo este porcentaje del 7,9 % para las resoluciones del TACRC para el año 2021 (Memoria del TACRC de 2021, p. 21), habiendo estado siempre por debajo del 10 % de los procedimientos de revisión.

5. Sin perjuicio de que, en aplicación de lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, cada tribunal decida, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso. O, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando su levantamiento.

consecución de un servicio público o con la implantación de las políticas públicas diseñadas por la organización del sector público que ha promovido el expediente de contratación, y por este motivo estamos ante una cuestión de interés general.

Por todo ello, y con la finalidad de garantizar que las personas interesadas interpongan el recurso especial en materia de contratación sin visos de mala fe, ni de temeridad, el legislador ordinario ha previsto en el artículo 58 de la LCSP —y en textos legislativos anteriores— la potestad sancionadora, la cual puede ser ejercida por los tribunales administrativos de recursos contractuales, para evitar que se incurra en abuso de derecho con la interposición de este instrumento de revisión, y salvaguardar la agilidad en la resolución que ha caracterizado siempre a los tribunales administrativos de recursos contractuales —y seguir garantizando el mandato del legislador europeo de proveer a las personas interesadas un sistema de recursos, en esta materia, que sea ágil y eficiente—.

4. La naturaleza jurídica de las sanciones de multa

Una de las cuestiones que nos podemos plantear cuando nos aproximamos a la naturaleza jurídica de las sanciones impuestas por los tribunales administrativos de recursos contractuales es si, realmente, estamos ante una potestad sancionadora típica, ejercida con *ius puniendi* del Estado, o si es una institución de otra naturaleza. Ello es así porque el derecho administrativo sancionador español se ha concebido como una suma de derechos sancionadores administrativos especiales. Es un sistema aún pendiente de construcción, huérfano de coherencia, sistemática y seguridad jurídica (Sibina Vidal, 2020: 40).

Una muestra de ello se encuentra en la disparidad de regímenes sancionadores que se han diseñado por el legislador ordinario, u orgánico, como se observa en la potestad sancionadora para las infracciones sobre protección de datos de carácter personal, o la normativa básica sobre el sistema eléctrico, donde —en tales casos, y a diferencia de otros diseños normativos— existe una definición precisa de las infracciones que pueden cometer las personas interesadas en un ámbito específico. En estos supuestos se ha distinguido perfectamente la gravedad de cada infracción, y su graduación se ha fijado de forma más o menos precisa, reservando un margen de discrecionalidad técnica al órgano proponente para la fijación de la sanción que deberá imponer la entidad del sector público competente en la resolución de cada caso concreto.

Respecto a esta cuestión, la doctrina es unánime al afirmar que forman parte de las funciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales la ordenación, instrucción y resolución de procedimientos,

así como la decisión sobre determinadas cuestiones conexas respecto del procedimiento principal, tales como la adopción de medidas provisionales previa audiencia al órgano de contratación con imposición, en su caso, de la constitución de caución o garantía suficiente para responder de los eventuales perjuicios ocasionados por la adopción de tales medidas; pudiendo imponer, a la vista de la resolución, la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar, fijando su cuantía, acordar la imposición de multas en caso de que aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, entre otros (Gómez Merino, 2011: 129).

Además, existe unanimidad respecto al hecho de que la potestad sancionadora de la Administración tiene su origen en los poderes de policía. En tanto en cuanto los poderes públicos pueden imponer límites vinculantes a la actividad de los particulares e imponer órdenes para la tutela de la legalidad y del interés general (Sibina Vidal, 2020: 42), se ha atribuido también la facultad de sancionar el incumplimiento de reglamentos, y las órdenes de policía como medio para reforzar la eficacia de su actuación, y en consecuencia de su propia autoridad (Sánchez Morón, 2008: 667).

Sin embargo, las leyes no ofrecen ninguna definición de sanción administrativa, con carácter general. En este sentido, la regulación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) resulta claramente insuficiente para resolver los numerosos problemas que plantea diariamente la potestad sancionadora de la Administración. El Código Penal dedica más de cien artículos a la parte general del derecho penal, mientras que la actual LRJSP solo dedica a las cuestiones generales del derecho administrativo sancionador siete escuetos preceptos, a pesar de que este es mucho más extenso que aquel, debido a que las sanciones administrativas se han convertido hoy en el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración o, más exactamente, en el respaldo de las políticas públicas de intervención (Cano Campos, 2015: 3).

Ahora bien, a partir de la jurisprudencia se puede deducir un concepto de sanción administrativa, y los autores han realizado un esfuerzo teórico de construcción de una definición. En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) ha recogido recientemente, a través de la Sentencia 23/2022, de 21 de febrero de 2022⁶, la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos

6. Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2022, de 21 de febrero, dictada en el recurso de amparo 6420-2019, en relación con una resolución sancionadora dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, donde trata la supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la legalidad sancionadora (proporcionalidad) y a la protección

Humanos (TEDH) que ha tratado el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Por su parte, el TC ha declarado, desde la Sentencia 18/1981, de 8 de junio —fundamento jurídico segundo—, que tanto los principios sustantivos del artículo 25.1 de la Constitución Española (CE) como las garantías procedimentales del artículo 24.2 de la CE son aplicables, con ciertos matices, al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Asimismo, tal y como se precisó en la Sentencia 89/1995, de 6 de junio —fundamento jurídico cuarto—, es doctrina reiterada de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷ que los principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador; y así, entre esas garantías procesales, se han declarado aplicables el derecho de defensa⁸ y sus derechos instrumentales a ser informados de la acusación⁹, y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa¹⁰, así como el de-

de datos: sanción por comisión de infracción muy grave objeto de posterior publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

7. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros c. Holanda; de 21 de febrero de 1984, asunto Öztürk c. Alemania; de 28 de junio de 1984, asunto Campbell y Fell c. Reino Unido; de 22 de mayo de 1990, asunto Weber c. Suiza; de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli c. Malta; de 24 de febrero de 1994, asunto Bendenoun c. Francia.

8. En los términos en que se expuso en la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1982, de 8 de febrero, respecto a la máxima conservación de las actuaciones procesales y de la mínima perturbación de los derechos e intereses de terceras personas, en cuanto sea compatible con el ejercicio de derechos y libertades protegidos por la Constitución, como lo es el derecho de defensa en el caso examinado.

9. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1986, de 21 de marzo, se debate si ha existido insuficiencia de motivación de un acto que por exigencia legal debe ser motivado, y no propiamente el no haber sido informado de la acusación —no estimándose el amparo en este supuesto por las causas concurrentes—. En estos mismos términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 190/1987, de 1 de diciembre, donde se declara que desde la perspectiva constitucional lo que es exigible, en todo caso, es el conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse sobre los mismos, exigencia que quedó cumplida al narrarse en el pliego de cargos, debidamente comunicado al interno, que los hechos que originaban la incoación del expediente tenían su origen en su negativa actitud al requerimiento del funcionario para la realización de las reseñas fotográficas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del Reglamento Penitenciario. Confirmada posteriormente esta aproximación por la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989, de 6 de febrero, donde se declara que en todo procedimiento acusatorio deben existir los elementos indispensables para poder ejercer el derecho a la defensa con todas las garantías.

10. En el sentido expresado en las sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero, relativa al tiempo que se otorga para la preparación de la defensa y los elementos que se facilitan para su ejercicio; 190/1987, de 1 de diciembre —se acaba de hacer referencia ella—; y 212/1990, de 20 de diciembre, declarándose que el derecho del expedientado a utilizar pruebas para su defensa tiene relevancia constitucional (SSTC 2/1987, 190/1987 y 192/1987), si bien se ha declarado también que ni siquiera en el proceso penal, donde sería plenamente aplicable el precepto citado, existe un derecho absoluto e incondicionado al uso de todos los medios de prueba (SSTC 2/1987 y 22/1990). Lo que del artículo 24.2 de la Constitución nace para el adminis-

recho a la presunción de inocencia¹¹, derechos fundamentales, todos ellos, que han sido incorporados por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.

Además, el TC ha advertido sobre la improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción —con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo— a medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos¹². De manera que ni el *nomen iuris* empleado por la Administración o asignado por la ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los artículos 24.2 y 25.1 de la CE resultan aplicables¹³.

Y tampoco basta por sí sola, a estos efectos, por más que resulte significativa, la circunstancia de que la medida de que se trata se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre la ciudadanía y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos¹⁴.

Y respecto al principio acusatorio, fundamental en el procedimiento sancionador tal y como se acaba de anunciar, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado de forma relativamente reciente, a través de la Sentencia

trado, sujeto a un expediente sancionador, es el derecho a que se practiquen no todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan solo las que sean pertinentes o necesarias.

11. Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1982, de 1 de abril; 36 y 37/1982, ambas de 16 de junio; 42/1989, de 16 de febrero; 76/1990, de 26 de abril; y 138/1990, de 17 de septiembre.

12. Entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 239/1988, de 14 de diciembre, fundamento jurídico segundo; Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, de 8 de noviembre, fundamento jurídico cuarto; Auto del Tribunal Constitucional 323/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico tercero, y en los términos sistematizados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 276/2000, de 16 de noviembre, fundamento jurídico tercero.

13. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia número 164/1995, en su fundamento jurídico cuarto. En esta sentencia se analiza la naturaleza sancionadora de los recargos impuestos por la Administración tributaria, declarándose que no constituyen una manifestación del *ius puniendi* del Estado, y por lo tanto, al no ser una sanción en sentido propio, no le son aplicables las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionadora establecen los artículos 24.2 y 25.1 de la CE.

14. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/1988, donde se declara que los postulados del artículo 25.1 de la Constitución no pueden extenderse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, 69/1983, de 26 de julio, y 96/1988, de 26 de mayo, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador, como es el caso de las multas coercitivas, previstas como medio de ejecución forzosa de los actos administrativos por los artículos 104.c) y 107 de la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo.

número 1382/2020, de 22 de octubre de 2020¹⁵. En esta Sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fijó como doctrina que el principio acusatorio, que constituye una de las garantías estructurales del proceso penal, cuya protección se reconoce por el artículo 24.2 de la Constitución, vinculado al derecho de defensa, al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a ser informado de la acusación, debe modularse cuando se trate de su aplicación en el procedimiento administrativo sancionador.

Resultan muy interesantes las aportaciones a la definición del principio acusatorio que se realizan en esta Sentencia, así como la crítica que realiza respecto a la resolución dictada en la instancia de origen. En ella —señala— se efectuó la transposición del principio acusatorio tal como se entiende en el proceso penal, sin introducir las modulaciones requeridas para su aplicación en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Al respecto, y según exige la doctrina del Tribunal Constitucional, formulada respecto a la aplicación del artículo 24.2 de la Constitución a los procedimientos sancionadores, aunque ambos (proceso penal y procedimiento sancionador) son una manifestación del *ius puniendi* del Estado, se aprecian diferencias sustanciales entre ambos procedimientos en torno a la naturaleza de los mismos, y respecto de las funciones que asumen el órgano instructor y el órgano que resuelve el procedimiento sancionador y las facultades que competen al juez instructor y al Tribunal sentenciador.

Y nos recuerda el TC que, si bien este principio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, hay que reconocer como protegidas en el artículo 24.2 de la CE ciertas garantías que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación, ya que queda vinculado, además, con los derechos constitucionales de defensa y a la imparcialidad judicial¹⁶.

Llegados a este punto, y teniendo claros los elementos básicos que configuran la potestad sancionadora, resulta conveniente observar cómo se ha

15. Sentencia 1382/2020 del Tribunal Supremo, de 22 de octubre, dictada por la Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, en el recurso de casación contencioso-administrativo 4535/2019.

16. El principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal. Ello no ha sido óbice, sin embargo, para reconocer como protegidos en el artículo 24.2 de la CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales (STC 155/2009, FJ 4). En este sentido se ha resaltado la vinculación del principio acusatorio tanto con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial (STC 155/2009, FJ 4).

definido por el legislador básico estatal la atribución de esta potestad para los tribunales administrativos de recursos contractuales, a través del artículo 58.2 de la LCSP. Preceptúa, literalmente, lo siguiente:

“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público. Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública”.

En este caso, también se observa insuficiente la regulación de esta potestad en la LCSP, por los problemas que genera a los operadores jurídicos para su aplicación y revisión. Ello es así porque no ha introducido ninguna metodología de cálculo —como sí ha hecho en otras normas, como por ejemplo en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 247)—. El legislador se ha limitado a atribuir a los tribunales administrativos de recursos contractuales una herramienta para la imposición de multas, con un límite cuantitativo, definiendo el destino final de la recaudación por este concepto e indicando que la horquilla aplicable para la cuantificación de las multas puede ser modificada a través de disposición general, sin ir más allá —con los problemas que genera para su aplicación—.

Sin ir más allá, estamos ante un procedimiento para la revisión de actos dictados por un poder adjudicador, donde se ha previsto una consecuencia específica de naturaleza pecuniaria, para aquellas situaciones donde se observe que ha existido una utilización abusiva del recurso especial en materia de contratación, y en definitiva donde puede apreciarse que se ha formulado de forma temeraria o con mala fe.

Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia¹⁷, resultando muy relevante para el caso que nos ocupa, dado que la empresa recurrente pretendía la nulidad de la sanción en cuanto que no se había concedido el correspondiente trámite de audiencia, preceptivo en cualquier procedimiento sancionador típico ex artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), entre otros argumentos. En este sentido,

17. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña, núm. 33/2020, de 23 de enero de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Roj: STSJ GAL 1166/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:1166.

se declaró que la ley de contratos del sector público vigente en ese momento (artículo 47.5 del TRLCSP) atribuía a los tribunales de recursos la facultad de acordar la imposición de multa en caso de apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial. Siendo el procedimiento pertinente para su imposición el mismo que el de resolución del recurso especial, porque —declara la sentencia— no se ha establecido ninguna norma o procedimiento paralelo y diferente para dicho supuesto.

En definitiva, al no constituir una manifestación del *ius puniendi* del Estado, no puede entenderse que estemos ante una sanción administrativa en sentido propio, ni ante un procedimiento acusatorio, al que son aplicables, conforme a la jurisprudencia constitucional, las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionatoria establecen los artículos 25.1 y 24.2 de la CE¹⁸.

En cualquier caso —como no puede ser de otra manera—, esta potestad debe ejercerse bajo el principio de proporcionalidad al interés general objeto de protección, graduándose de forma justificada en cada situación y según las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, las cuales serán tratadas en los siguientes apartados.

5. La configuración de la temeridad y la mala fe en la interposición del recurso especial en materia de contratación

5.1. La buena fe como pieza fundamental para la detección del ejercicio abusivo del recurso especial

Antes de entrar en el núcleo sobre la definición de la temeridad y la mala fe, y sin ánimo de realizar un análisis histórico de ambas figuras —que nos podría trasladar el estudio hasta el concepto de *bona fides* del derecho romano—, parece conveniente hacer alusión —y casi un llamamiento a los operadores jurídicos— al principio de buena fe. En efecto, el artículo 7 del Código Civil español (CC) establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, no amparándose por la ley el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Y añade este artículo que todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por

18. La Sentencia del Tribunal Constitucional 239/1988, de 14 de diciembre, declaró que resultan inexcusables, para la resolución de cada asunto, el análisis y la determinación del carácter de las multas impugnadas, atendiendo a su verdadera naturaleza, sin que sea suficiente y decisivo, a tal efecto, el *nomen iuris* utilizado en los correspondientes actos, porque, como señaló la recurrente, no puede quedar en manos de la Administración la posibilidad de sustraerse a las garantías constitucionales establecidas en relación con el ejercicio de su potestad sancionadora.

su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización, y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), por su parte, como ya se ha anunciado en el apartado anterior, establece en su artículo 247 que los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. Y añade, en su apartado tercero, que, si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

Además, la LEC introduce un método de cálculo para la determinación de la cuantía de la multa —cosa que no sucede en la LCSP—, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubiera podido causar.

El artículo 57 del Código de Comercio (CCom) indica que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo en que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

También recoge el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) este principio. En este precepto se señala que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe, y en su apartado segundo dispone que los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Dicho todo lo anterior, resulta evidente que el principio de buena fe es una pieza fundamental para la configuración de la temeridad y la mala fe, en el contexto en el que nos encontramos, y en definitiva deben tenerse en cuenta elementos que se acaban de citar, para determinar si ha existido un ejercicio abusivo del derecho de interposición del recurso especial en materia de contratación, con finalidades ajenas para las que fue concebido.

5.2. La regulación de la temeridad y la mala fe en la normativa de contratos del sector público

La configuración de la temeridad y la mala fe, en el contexto de la contratación pública, se ha abordado desde distintos ángulos. Tanto a nivel normativo como doctrinalmente, a través de la aplicación de dicha figura por los tribunales administrativos de recursos contractuales y por la jurisprudencia.

A nivel normativo, es preciso hacer alusión al dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010, que se emitió ante la petición formulada por el Ministerio de Hacienda y Economía en la tramitación del 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 al derecho de la Unión Europea.

En este expediente de naturaleza consultiva, el Consejo de Estado señaló en su dictamen¹⁹ que echó en falta la articulación de algún mecanismo que permitiera contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. Así, se señaló en el expediente que la regulación proyectada podría completarse introduciendo la posibilidad de inadmitir el recurso en los supuestos tasados legalmente; o incluso podría atribuirse al órgano independiente la facultad para sancionar al recurrente en casos de temeridad o mala fe.

Y se añadió, muy acertadamente, que, si bien es cierto que la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, puso el acento en la articulación de un sistema de recursos rápido y eficaz, para garantizar una adecuada protección de los derechos de las personas que participan en las licitaciones públicas, no lo es menos que en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas por el Consejo de Estado.

En este sentido, son evidentes el interés público que se quiere proteger y la importancia que juega hoy en día la contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico y en el tejido productivo y empresarial estatal y europeo, así como su indudable relevancia económica —que en España, como se subraya habitualmente, supone más del 11 % del PIB (Junta Consultiva de

19. Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010, número de expediente 499/2010 (Ministerio de Economía y Hacienda).

Contratación Pública del Estado, 2021: 19-20)— y su relevante papel como instrumento de gestión de políticas públicas (Vilalta Reixach, 2022: 119).

Como consecuencia de lo que se indicó en este dictamen, en el TRLCSP se estableció, en su artículo 47.5, la obligación de apreciar, por parte de los tribunales administrativos de recursos contractuales, si se había interpuesto el recurso, o se habían solicitado medidas cautelares, con temeridad o mala fe, pudiendo acordar la imposición de una multa al responsable de dicha conducta.

Asimismo, se dispuso que el importe de esta debería ser de entre 1000 y 15 000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y del perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

Además, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, modificó el artículo 106 de la ya derogada Ley 31/2007, de 30 de octubre, donde también se recogió el mismo régimen sancionador que para el TRLCSP.

Posteriormente, también fue objeto de dictamen del Consejo de Estado el anteproyecto de la actual Ley de Contratos del Sector Público. En este dictamen, de 10 de marzo de 2016²⁰, no se abordó esta temática, porque el proyecto normativo no modificaba el contenido material de la mala fe y la temeridad respecto de la norma que precedía. Sin embargo, en este proyecto normativo se amplió la cuantía máxima de la multa que se podía imponer por los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales, viéndose dicha modificación reflejada en el artículo 58.2 de la LCSP, introduciéndose el máximo establecido de dicha horquilla en 30 000 euros.

Esta potestad se ha recogido en otras normas de ámbito estatal y autonómico; por ejemplo, en el artículo 31.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como en

20. Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016, número de expediente 1116/2015 (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas).

el artículo 127.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, aprobada por la Comunidad Foral de Navarra, y en el artículo 26.2 del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y su funcionamiento²¹.

5.3. La concepción de la temeridad y la mala fe por parte de los tribunales administrativos de recursos contractuales y la jurisprudencia

Llegados a este punto, y analizado el aspecto normativo, resulta de interés estudiar cómo aplican los tribunales administrativos de recursos contractuales la temeridad y la mala fe, a través de sus resoluciones²², y la interpretación que hace la jurisprudencia sobre esta institución.

Pues bien, la mala fe tiene una proyección eminentemente subjetiva, y, en consecuencia, puede apreciarse en aquellos recursos donde hay una falta de razón procesal de forma consciente, como elemento cognitivo. Siendo también constitutiva de apreciar la mala fe la interposición de aquellos recursos que realizan afirmaciones contrarias a la verdad, cuando el demandado elude de manera clara, mantenida y consciente el cumplimiento de sus obligaciones, o en aquellos casos en que la parte recurrente ha buscado materialmente, sin razón, el cumplimiento de un débito del contrario²³.

Asimismo, la mala fe suele quedar patente por requerimientos previos infructuosos o por otros datos que evidencien su posición remisa o que obs-

21. En todos estos instrumentos normativos únicamente se ha acometido su introducción en la disposición correspondiente, sin alteración del contenido básico establecido por el legislador.

22. Se ha podido observar cómo a veces el TACRC acuerda la imposición de una sanción, pero no define exactamente si se impone por haber incurrido en temeridad o en mala fe. Un ejemplo de ello lo encontramos en las resoluciones 89/2020 y 813/2019, entre otras. Ello puede ser un síntoma de que existen aún dudas sobre esta institución y de que, en definitiva, sigue en constante proceso de construcción.

23. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público a través de la Resolución 221/2020, de 17 de junio de 2020. Indicando que, de igual modo, se han considerado contrarias a la buena fe conductas como la de hacer afirmaciones contrarias a la verdad (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2000, Roj. STS 1254/2000). Así, la mala fe se entiende como un concepto referido a las relaciones sustantivas que dan lugar a la causa del litigio, y se aprecia cuando el demandado elude de forma clara, mantenida y consciente el cumplimiento de las obligaciones, o cuando el demandante debe ser buscado materialmente, sin razón alguna, para el cumplimiento de un débito de lo contrario, posiciones estas que usualmente llevan al inicio de un pleito, con las consecuencias del mismo (molestias, gastos y costas). La mala fe del obligado suele quedar patente por requerimientos previos infructuosos o por otros datos que evidencien su posición remisa o que obstaculiza el normal cumplimiento (Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 22 de julio de 2014, Roj. SAP AL 954/2014).

taculiza el normal cumplimiento de sus obligaciones²⁴. Y añadió el TCCSP, en esta misma resolución, que la mala fe en este ámbito se entiende como aquella voluntad de engañar en el recurso al órgano que debe resolver; y nos recuerda que el recurso especial en materia de contratación es concebido como un instrumento que debe permitir una resolución rápida y ágil —coincidiendo plenamente con la observación formulada por el Consejo de Estado en el dictamen emitido respecto del TRLCSP—, dado que actuaciones como estas impedirían de plano la necesaria agilidad en el sistema de resolución de recursos especiales. Ciertamente, la protección constitucional del derecho a la defensa cobija el derecho al recurso, pero esta protección solo viene referida a aquellos casos en los que sea legalmente procedente, y no a otros donde se accione con un uso abusivo del recurso²⁵.

En cambio, los tribunales administrativos de recursos contractuales han declarado en reiteradas ocasiones que la temeridad puede apreciarse en aquellos casos donde hay una carencia manifiesta de fundamentación, con una falta de viabilidad jurídica de la pretensión que se está ejerciendo, o cuando la interposición del recurso equivale a una determinada conducta procesal objetiva que no tiene fundamento defendible en derecho²⁶. También puede apreciarse la temeridad cuando falte un serio contenido en el recurso, y cuando haya una clara falta de fundamento en la cuestión que se suscita.

Asimismo, pueden calificarse como temerarios los recursos que solicitan aquello que de forma reiterada ya se ha desestimado en otros pronunciamientos sobre la misma cuestión; tildándose también como temeraria su interposición cuando los argumentos carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejer-

24. Pronunciamiento formulado por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público a través de la Resolución 221/2020, de 17 de junio de 2020. Así, la mala fe se entiende como un concepto referido a las relaciones sustantivas que dan lugar a la causa del litigio, y se aprecia cuando el demandado elude de forma clara, mantenida y consciente el cumplimiento de las obligaciones, o cuando el demandante debe ser buscado materialmente, sin razón alguna, para el cumplimiento de un débito de lo contrario, posiciones estas que usualmente llevan al inicio de un pleito, con las consecuencias del mismo (molestias, gastos y costas).

25. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público a través de la Resolución 81/2020, de 19 de febrero de 2020.

26. En estos términos lo ha declarado el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público a través de la Resolución 221/2020, de 17 de junio de 2020. Declara el TCCSP que, a diferencia de la temeridad, que equivale a una determinada conducta procesal objetiva que carece de fundamento defendible en derecho, la mala fe tiene una proyección eminentemente subjetiva y, en consecuencia, es aplicable a aquel que es consciente de su falta de razón procesal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013, Roj. SAP TF 1408/2013).

cita²⁷. Asimismo, se ha apreciado temeridad en la formulación del recurso especial en aquellos casos en que el recurrente efectúa planteamientos histriónicos a partir de errores o irregularidades no invalidantes para intentar conseguir cambiar lo que no satisface a la parte actora, esto es, el resultado de la adjudicación; o cuando hay ausencia de controversia jurídica o técnica ínsita en el mismo, extrayéndose de la propia lectura del escrito de recurso todos los elementos necesarios para desestimarlos²⁸.

Igual de interesante, y coincidente con todo lo que se acaba de decir, resulta la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre esta cuestión, que no hace otra cosa que confirmar lo estipulado por los tribunales administrativos de recursos contractuales. Al respecto, el Tribunal Supremo ha considerado temeraria la interposición de recursos con insuficiencia de cimentación o de viabilidad jurídica, cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone, o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita²⁹, siendo igualmente calificable de temerario cuando el recurso se dirige contra pronunciamientos judiciales reiterados sobre la misma cuestión³⁰.

Por su parte, la Audiencia Nacional³¹ ha declarado que puede apreciarse la temeridad cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de la reclamación es tan patente que debería ser conocida por quien la ejercita³², siendo ello también procedente —co-

27. El Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en la Resolución 399/2019, de 20 de diciembre de 2019, se pronuncia en estos términos. Y en la misma se cita la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2007, declarando que la falta de precisión del concepto de temeridad procesal ha venido a ser subsanada por una reiterada de que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita. Y, también, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha señalado, entre otros, en sus acuerdos 89/2015, 45/2014 y 27/2013, que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de soporte argumentativo.

28. Tal y como se declaró en la Resolución 1031/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 16 de noviembre de 2018, donde se acabó imponiendo una sanción por valor de 1000 euros, al apreciarse la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso especial.

29. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004, dictada en el recurso núm. 4634/2001, Roj. STS 3159/2004.

30. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1990, Roj. STS 12063/1990.

31. Tribunal particularmente interesante a la hora de analizar sus resoluciones, dado que conoce los recursos contencioso-administrativos formulados contra el TACRC, siendo este el órgano que tiene más actividad del Estado. Tal y como consta en la memoria anual para el ejercicio 2021, este tribunal de recursos contractuales ha resuelto 1239 recursos, para 7 comunidades autónomas y 2 ciudades autónomas.

32. Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 66/2023, de 1 de febrero de 2023, citando la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2007.

incidiendo con el Tribunal Supremo y lo declarado por los tribunales de recursos— cuando existe una reiteración de argumentos que ya habían sido desestimados, siendo totalmente abusivo el uso de recurso especial con la mera finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación del contrato, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios futuros, o reportar un beneficio propio cuando es el actual contratista, y por lo tanto amplía artificialmente la duración del contrato vigente, pendiente de sucederse por la nueva adjudicación suspendida³³.

En definitiva, de lo que se trata es, tal y como ha declarado la jurisprudencia, de garantizar la seriedad del recurso evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y/o temeridad en su ejercicio³⁴.

Conviene igualmente recordar que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el concepto de temeridad o mala fe a propósito de la condena en costas, apreciándola cuando se interponen recursos desprovistos de una mínima base que sitúe en términos de razonabilidad una decisión judicial favorable a dichas pretensiones o recursos ante las superiores instancias³⁵, o cuando se mantienen posiciones que adolecen de consistencia por lo gratuito e infundado de sus argumentos³⁶, o se ejercitan pretensiones totalmente infundadas, con conocimiento de su injusticia³⁷.

En este sentido, resulta muy relevante la relación que existe en el fundamento de la imposición de las costas procesales, por los motivos que se acaban de relacionar, con el fundamento que utiliza el TCCSP en sus resoluciones cuando impone una multa para cubrir los costes de tramitación del expediente de recurso. Ello es así dado que ambos fundamentos comparten una misma base, esto es, la protección de su respectivo procedimiento de revisión, especial y jurisdiccional, para que las cuestiones que deben resolver alcancen unos requisitos mínimos de seriedad, viabilidad jurídica, en cuanto a su forma y su contenido.

33. Sentencia de la Audiencia Nacional n.º 138/2015, de 7 de octubre de 2015.

34. Fundamento de derecho segundo de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 4 de marzo de 2015, dictada en el recurso 26/2014, y en este mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2014, dictada en el recurso 456/2012.

35. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 1 de febrero de 1991 —Roj STS 549/1991—.

36. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 19 de febrero de 1998 —Roj STS 1108/1998—.

37. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 15 de febrero de 2012 —Roj STS 1871/2012—, y, en este mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 4 de octubre de 2001 —Roj STS 7557/2001—.

En otros supuestos se han considerado contrarias a la buena fe conductas tales como efectuar afirmaciones contrarias a la verdad³⁸, o interponer recursos con finalidad puramente dilatoria³⁹, entre otros casos.

También declaró la Audiencia Nacional, a través de la sentencia de 5 de febrero de 2020, dictada en el marco del recurso 297/2018, la nulidad del acuerdo tercero de la resolución 448/2018, de 4 de mayo, del TACRC, dictada en el recurso especial número 122/2018, en cuanto a la sanción de multa de 5000 euros, por no ajustarse a derecho. En este supuesto, la discusión únicamente se centraba en la existencia de temeridad y mala fe por la parte recurrente para la imposición de la sanción de multa, y en su proporcionalidad, hecho que hace tremendamente interesante esta resolución, no solamente por su objeto, sino porque la Sala hace una recopilación de su criterio a lo largo de la sentencia. La Audiencia Nacional expuso que la finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho de recurso especial se utilice de manera abusiva, con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución⁴⁰. Y añadió, muy acertadamente, que en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas⁴¹.

Esta misma Sala ha considerado ajustada a derecho, en otras ocasiones, la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, cualificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público, por llevar aparejada una suspensión automática⁴².

Se trata de garantizar lo que podríamos denominar la seriedad en el recurso —factor que se va repitiendo tanto por los tribunales de recursos como

38. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de febrero de 2000 —Roj STS 1254/2000—, así como Auto 475/1985 del Tribunal Constitucional, Sección 2.ª, de 10 de julio de 1985.

39. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 15 de junio de 1992 —Roj STS 4761/1992—, así como Auto 749/1985 del Tribunal Constitucional, Sección 2.ª, de 30 de octubre de 1985.

40. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013, dictada en el procedimiento ordinario 3595/2012, y 14 de mayo de 2014, dictada en el recurso 278/2013.

41. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015, dictada en el marco del procedimiento ordinario 26/2014.

42. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014, dictada en el recurso 456/2012.

por la jurisdicción—, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y/o temeridad en su ejercicio⁴³.

Resulta relevante, también, la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), dictada el 20 de enero de 2022⁴⁴, por la que se confirma la sanción impuesta de 3000 euros, no solo porque no la observa como desproporcionada teniendo en cuenta que es el grado más bajo de la horquilla que establece la LCSP (recordemos que el máximo está establecido en 30 000 euros), sino también porque el recurso especial se interpuso aduciendo argumentos relativos a aspectos que no son controvertidos y sobre los que, en definitiva, los tribunales administrativos de recursos contractuales de todo el Estado ya se habían pronunciado. Además, el TSJM aduce que no existía ninguna modificación normativa ni jurisprudencial que hiciera pensar que había existido un cambio respecto a la cuestión objeto de análisis en el recurso, elemento que reforzó la confirmación de la sanción impuesta.

6. Elementos a tener en cuenta para la graduación de las sanciones

Tal como se indica en el preámbulo de la LCSP y la Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 2007/66 UE, de 11 de febrero, y la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, junto con la Directiva 92/13/CEE, con respecto a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos —aspecto que ya se ha tratado en este estudio—, el recurso especial es concebido como un instrumento de revisión que debe permitir una resolución rápida y eficaz de los conflictos que se puedan plantear en los procedimientos de adjudicación de los contratos. Tal y como se ha indicado en este trabajo, los recursos que incurren en temeridad y mala fe pueden afectar al normal funcionamiento de los servicios públicos implicados, y en consecuencia, cuando existe dicho abuso, el ejercicio de la potestad sancionadora puede ser una herramienta útil para prevenir la reiteración de este tipo de conductas⁴⁵, y en cualquier caso para que la función de persuasión, intrínseca en la potestad sancionadora, se materialice.

43. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015, dictada en el recurso 226/2014.

44. Sentencia del TSJ de Madrid, de 20 de enero de 2020, dictada en el recurso 317/2020, Roj: STSJ M 250/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:250.

45. En este sentido, la AEPD toma en consideración la reiteración de la conducta infractora para graduar al alza las sanciones que impone en su ámbito de competencia. Ver, entre otras, la resolución del procedimiento sancionador número PS/0059/2020, por la que impone una

En este sentido, si bien es cierto que en el artículo 58 de la LCSP no se ha previsto una metodología de cálculo de las multas que deben imponer los tribunales administrativos de recursos contractuales, al igual que el concepto de la potestad sancionadora típica, esta se ha construido a través de sus resoluciones y por la jurisprudencia.

Al respecto, se puede observar que los tribunales de recursos, y la jurisdicción, utilizan los parámetros que se relacionan a continuación para graduar las sanciones económicas que imponen, y que a lo largo de este estudio ya se han podido observar. A saber: (i) el valor estimado del contrato; (ii) los beneficios obtenidos por el recurrente con la interposición del recurso especial; (iii) los perjuicios irrogados al ente contratante y a las empresas, o personas físicas, adjudicatarias del contrato; (iv) el coste público derivado de la resolución del recurso, y (v) la reiteración de los argumentos ya desestimados en otros procedimientos.

El valor estimado del contrato, como parámetro a tener en cuenta para la ponderación de la correspondiente sanción económica, ha sido incorporado en las resoluciones del TACRC⁴⁶ y del TCCSP⁴⁷. En efecto, este indicador puede ser útil para determinar la dimensión de la necesidad pública que se está cubriendo a través de cada instrumento de contratación, siendo también indicativo *per se* del perjuicio cierto ocasionado al órgano de contratación y al resto de licitadores en caso de que se suspenda la tramitación del procedimiento de contratación. En este sentido, nos recuerdan los tribunales que carecen de los elementos necesarios para la evaluación de los perjuicios irrogados a las entidades contratantes, y por ello señalan la necesidad de incluirse los mismos en el informe previsto en el artículo 56.2 de la LCSP.

Muy ilustrativa es la resolución del TCCSP donde no ya solo se ha puesto el acento en el valor estimado del contrato —según los elementos de coste tenidos en cuenta en su día en el análisis del coste público del recurso—, sino que también se ha tenido en cuenta la naturaleza del contrato recurrido, como el impacto energético, ambiental, económico y de seguridad ciudadana que tiene la licitación impugnada de un ente local. Ello es así

sanción de 8 150 000 euros a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., por varias infracciones, donde se puede observar que se han instruido y resuelto otros expedientes de naturaleza sancionadora por parte de esta agencia con fundamento en la misma infracción (p. 79 de la resolución). El acceso a dicha resolución puede realizarse a través del siguiente enlace: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00059-2020.pdf?LinkSource=PassleApp>.

46. Resolución 1115/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 24 de noviembre de 2017.

47. Resolución 199/2019 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 13 de junio de 2019.

porque dicho daño puede coincidir con la proyección del ahorro energético del contrato resultante de esta licitación, que ha informado el órgano de contratación a los efectos de este procedimiento de recurso⁴⁸.

Deben tenerse en cuenta, tal y como se ha anticipado, los beneficios obtenidos por la empresa recurrente con la interposición del recurso especial. En efecto, habida cuenta de que la formulación de este recurso conlleva la suspensión automática de la resolución de adjudicación, esto supone un retraso de la formalización del contrato con la nueva empresa adjudicataria, y cada parte afectada puede reprochar que le ha causado un perjuicio, de forma directa, indirecta, y al interés general. Y, de manera correlativa, puede suponer un claro beneficio para la recurrente, que ha continuado prestando el servicio por un precio superior al ofrecido por la adjudicataria⁴⁹.

En otras ocasiones, ha correspondido la imposición a la empresa recurrente de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, para cubrir, al menos, una parte del coste público derivado de la resolución del recurso, al no constar acreditado el importe de los perjuicios ciertos ocasionados al órgano de contratación y al resto de empresas que han resultado adjudicatarias, ni tampoco los beneficios que se han podido generar para la empresa recurrente⁵⁰.

A continuación, se expone un ejemplo a seguir, donde se puede ver el cálculo que debe realizar el tribunal de recursos o la jurisdicción respecto a la graduación de las sanciones. Se trata de la Sentencia 211/2015, de 9 de julio de 2015, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Logroño (TSJL), dictada en el marco del procedimiento ordinario número 85/2014. El análisis de esta sentencia resulta muy interesante, porque entra a valorar tanto la existencia de la mala fe como la proporcionalidad de la sanción impuesta por el TACRC, bajo el régimen del TRLCSP. En este supuesto, se confirmó la adecuación de la multa impuesta realizando los siguientes cálculos:

“Para cuantificar ese perjuicio, se parte de que el precio ofrecido por EULEN es un 15,5 % superior a la oferta económicamente más ventajosa. A su vez, el presupuesto anual sin IVA del contrato es de 2.528.462, 62 €/ año, y el retraso provocado -que es en lo que se objetiva el perjuicio ocasionado- es de diez días. El cálculo efectuado, por la Abogacía del Estado es el siguiente: $(2.528.462, 62 / 365 \text{ días}) \times 10 \text{ días} = 69.272,95 \text{ €}$; $15,5 \text{ \% de } 69.272,95 \text{ €} = 10.737, 30 \text{ €}$; resultado que

48. Resolución 22/2020 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Publico, de 29 de enero de 2020.

49. Resolución 219/2019 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Publico, de 26 de junio de 2019.

50. Resolución 226/2020 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Publico, de 30 de junio de 2020.

se ajusta a lo dispuesto en el artículo 47.5 TRLCSP, que coincide con el impuesto en la Resolución del TACRC, que aparece suficientemente argumentado y razonado en la Resolución recurrida”.

Por todo lo aquí expuesto, no solo se desestimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo, sino que además se procedió a la imposición de costas procesales a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

Además de los parámetros que se acaban de indicar, que ya se utilizan por los tribunales administrativos de recursos contractuales, sería extraordinariamente interesante tener en cuenta el volumen de facturación de la empresa recurrente para la graduación de la sanción. Es evidente que los efectos de la potestad sancionadora tendrán un impacto distinto si se imponen a una pyme o a otra empresa que no tenga tal condición, o cuyos niveles de facturación sean muy elevados, como podrían ser los operadores verticalmente integrados en sectores regulados, como el energético. En este sentido, se hace necesario destacar la posibilidad de acceder por parte de los órganos de contratación al Registro Electrónico de Empresas Licitadoras, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, o a cualquier otro registro de similar naturaleza, para acreditar el volumen de facturación de dicha empresa (siempre que se haya introducido dicha información por la misma empresa licitadora ante el registro correspondiente).

Tal y como se ha indicado en la introducción de este estudio, y visto el contenido de la muestra que se ha tomado en el trabajo de campo, se puede observar que, en la mayoría de los casos, los perjuicios que derivan de la suspensión del procedimiento de contratación no se ven resarcidos ni en las situaciones en que se acaba imponiendo una sanción administrativa, dado que el coste público de tramitación del recurso, tanto del órgano de contratación como del tribunal de recursos que conoce y resuelve el recurso, se considera mayor que el importe de la sanción, que resulta siendo, habitualmente, la cantidad de 1000 euros, es decir, el mínimo establecido por la LCSP.

7. Conclusiones

La potestad sancionadora de los tribunales administrativos de recursos contractuales, ejercida de forma quirúrgica, puede llegar a convertirse en una herramienta para atenuar el volumen de recursos especiales en materia de contratación a resolver por estos. Para que ello pueda producirse, los órganos de contratación deberían hacer mayores esfuerzos para determinar el coste público de tramitación del recurso, los beneficios obtenidos por el recurrente en su presentación, los perjuicios económicos irrogados al poder

adjudicador, y acreditar la capacidad económica de la entidad recurrente, para cuantificar con parámetros de proporcionalidad la sanción de multa a imponer en caso de apreciarse la temeridad o mala fe en la formulación del recurso especial.

Esta es una vía de revisión actualmente gratuita, sin necesidad de postulación procesal, y por lo tanto cualquier persona interesada —con o sin conocimientos de derecho en general y de contratación pública en particular— puede presentar un recurso especial. Teniendo en cuenta lo anterior, sería interesante evitar sancionar con el mínimo establecido en el artículo 58 de la LCSP para aquellos supuestos donde no se da esta circunstancia, porque estamos ante una verdadera instancia, que cuenta con una tasa de judicialización de entre el 5 % y 10 % de sus resoluciones.

La mala fe tiene una proyección eminentemente subjetiva, y, en consecuencia, es aplicable a aquel que es consciente de su falta de razón procesal. Tanto el TACRC como el TCCSP y la jurisprudencia tienen criterios muy parecidos a la hora de apreciar su concurrencia, y la de la temeridad. Sobre todo, coinciden en el proceso de identificación de aquellos casos donde existe una carencia manifiesta de fundamentación, falta de viabilidad jurídica y de contenido, o cuando la interposición del recurso equivale a una determinada conducta procesal objetiva que no tiene fundamento defendible en derecho. A pesar de lo que se acaba de exponer, también es cierto que existen casos donde se puede ver cierta confusión a la hora de apreciar que el recurso especial se ha presentado con visos de mala fe y/o temeridad.

Los recursos tildados de temerarios y/o interpuestos con mala fe afectan de plano la necesaria agilidad en el sistema de resolución del recurso, con el claro efecto reflejo que afecta al normal funcionamiento de los servicios públicos implicados. En consecuencia, cuando existe un abuso en el uso del recurso especial es de vital importancia la imposición de la correspondiente sanción, proporcionalmente graduada, según las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Ello debe ser así para prevenir la reiteración de este tipo de conductas, y en cualquier caso para que la función de persuasión intrínseca en la potestad sancionadora aflore. A tal fin, debería valorarse modular la práctica habitual de imponer la multa en su cuantía mínima de forma generalizada, sobre todo ante aquellos casos donde la empresa recurrente pueda tener un volumen de facturación muy elevado.

8. Bibliografía

- Alemany Selle, E. (2020). *El ejercicio de la potestad sancionadora de los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales* [Trabajo Final de Máster, Máster de Gestión Pública Avanzada. Universidad de Barcelona]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/172009>.
- Bernal Blay, M. Á. (2016). Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate* (pp. 365-373). Madrid: INAP - AEPDA.
- Cano Campos, T. (2015). La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa. *Documentación Administrativa*, 2.
- Consejo de Estado. (2010). *Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de abril de 2010, 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* (número de expediente 499/2010, Ministerio de Economía y Hacienda). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-499>.
- (2016). *Dictamen del Consejo de Estado, de 16 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público* (número de expediente 1116/2015, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1116>.
- García Costa, F. M. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Documentación Administrativa*, 289. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10067>.
- Gómez Merino, G. (2011). Los nuevos tribunales de recursos contractuales: aproximación a los modelos autonómicos. *DS: Derecho y salud*, 21 (1), 125-133.
- Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. (2021). *Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020*. Madrid: Ministerio de Hacienda y Función Pública. Disponible en: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/Informes-de-interes/Hacienda/InformetrienalContratacionPublica18-19-20.html.
- Sánchez Morón, M. (2008). *Derecho Administrativo. Parte general* (4.^a ed.). Madrid: Tecnos.
- Sibina Vidal, M. C. (2020). *El dret administratiu sancionador i les garanties exigibles per punir conductes properes als drets de participació polí-*

- tica* [tesis doctoral]. Universidad de Barcelona. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/179855>.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. (2021). *Memoria de actividades. Año 2021*. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/MEMORIA%202021%20TACRC.pdf>.
- Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. (2020). *Memoria 2020*. Disponible en: <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/difusio/publicacions/memories/tccsp/memoria-tccsp-2020.pdf>.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 119-136. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/reala.11104>.

CAPÍTULO IX

La revisión de oficio de la formalización del contrato como garantía de la eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales

M. Mercè Darnacullea Gardella

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universitat de Girona*

Sònia Ramos González

*Profesora agregada de Derecho Civil.
Universitat Pompeu Fabra*

SUMARIO. **1. Introducción.** **2. El objetivo de las denominadas “directivas de recursos”.** 2.1. La eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. 2.2. La ineficacia del contrato. **3. La incorporación de las directivas en la legislación de contratos del sector público.** 3.1. La formalización como criterio determinante de la perfección del contrato. 3.2. La depuración de los vicios de nulidad del contrato. 3.2.1. *La revisión de oficio.* 3.2.2. *El recurso especial en materia de contratos.* 3.2.3. *La fugaz existencia de la cuestión de nulidad.* 3.3. Los supuestos especiales de nulidad contractual. **4. Régimen jurídico vigente.** 4.1. La suspensión de la formalización del contrato derivada de la interposición del recurso especial. 4.2. La nulidad de la formalización del contrato sin respetar la suspensión. 4.3. Los procedimientos para declarar la nulidad del contrato. **5. La revisión de oficio.** 5.1. La posición de algunos órganos consultivos autonómicos. 5.2. Aspectos problemáticos desde una perspectiva dogmática. 5.2.1. *El objeto de la revisión.* 5.2.2. *La causa de nulidad invocada.* 5.3. Aspectos problemáticos desde una perspectiva práctica. 5.3.1. *El perjuicio para el interés público derivado de un exceso*

de formalismo. 5.3.2. La falta de equivalencia entre la invalidez y la ineficacia del contrato. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El régimen jurídico vigente de los contratos del sector público es el resultado de la sedimentación irregular y acelerada de materiales procedentes de concepciones jurídicas dispares, en ocasiones incluso antagónicas (Díez Sastre, 2012: 30). La profunda europeización de este sector de referencia del derecho administrativo ha sido acogida con notable entusiasmo por la doctrina administrativista, que destaca las innovaciones introducidas en aras de garantizar la competencia entre los operadores económicos del mercado interior, mejorar la eficiencia y la transparencia en la gestión de fondos públicos, así como evitar la corrupción (Gimeno Feliu, 2018, 2021).

Las valoraciones críticas a la legislación de contratos recaen principalmente en la incorrecta o inadecuada transposición de las directivas¹ y en la deficiente calidad normativa del legislador español (Santamaría Pastor, 2016: 83). En términos generales, no se cuestiona el acierto de los fines perseguidos por la legislación europea, su calidad normativa ni su eventual incompatibilidad dogmática o estructural con la legislación nacional. Tampoco es este el objeto del artículo, que pretende analizar una cuestión puntual y aparentemente muy menor que atañe al régimen de invalidez de los contratos del sector público y que proviene de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las denominadas “directivas de recursos”².

En concreto, este estudio tiene por objeto el análisis de la causa de nulidad contemplada en el artículo 39.2.e) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre,

1. Ello es así tanto con carácter general, en relación con las directivas de contratos, como, en particular, en relación con las directivas de recursos (Bernal Blay, 2005; Moreno Molina, 2008; Martínez López-Muñiz, 2011; Razquin Lizarraga, 2015).

2. 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 para la adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras (Diario Oficial [1989] L 395/33), y Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades adjudicadoras que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (Diario Oficial [1992] L 76/14). Ambas normas han sido modificadas por la vigente 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.

de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), incorporada a nuestro ordenamiento con el fin de garantizar la eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales (en adelante, TARC). Con el fin de contextualizar el sentido y alcance de este precepto, se ofrece un breve recorrido por los antecedentes que explican su contenido y su ubicación sistemática, entre los que destacan la incorporación del recurso especial en materia de contratos, la fugaz existencia de la cuestión de nulidad y la modificación del régimen de perfección de los contratos.

El supuesto especial de nulidad contemplado en el artículo 39.2.e) de la LCSP pretende evitar que un contrato pueda surtir efectos si se ha formalizado sin respetar la suspensión, automática o acordada por un TARC, derivada de la interposición de un recurso especial en materia de contratación. La concurrencia de esta causa de nulidad puede ser declarada por un TARC o por el mismo órgano de contratación, previa tramitación, en este último caso, de un procedimiento de revisión de oficio.

La construcción tradicional de la revisión de oficio, como un procedimiento excepcional, previsto para depurar del ordenamiento actos administrativos viciados de nulidad, no encaja adecuadamente, sin embargo, con una causa de nulidad que afecta directamente a la formalización del contrato y que se predica de un vicio meramente formal, desvinculado en principio de la eventual invalidez de los actos preparatorios.

Como viene señalando la doctrina, el legislador español no ha sido suficientemente riguroso en la transposición de las directivas, y no ha previsto los ajustes necesarios para adecuar el ordenamiento interno a la legislación europea de recursos contractuales sin incurrir en algunas contradicciones sistemáticas. Sin embargo, no parece que pueda descartarse de entrada la hipótesis de que algunas de las contradicciones existentes deriven directamente de la incompatibilidad estructural entre el derecho administrativo nacional y el derecho administrativo europeo, articulado en torno a la desconfianza en la Administración³.

2. El objetivo de las denominadas “directivas de recursos”

Las directivas de recursos (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE) se aprobaron con la finalidad de garantizar la efectiva aplicación del principio de libre concurrencia en la adjudicación de contratos, mediante la incorporación de

3. Sobre la desconfianza en la Administración como un rasgo del derecho administrativo contemporáneo, véase Darnaculleta Gardella (2021: 408).

una vía de recurso eficaz contra las decisiones de los poderes adjudicadores⁴. Esta finalidad se vio tempranamente comprometida, según la jurisprudencia del TJUE, por una inadecuada transposición de las directivas⁵ y, según el legislador europeo, por una formalización precipitada de los contratos por parte de los poderes adjudicadores, con el fin de evitar los efectos suspensivos de los recursos contractuales⁶.

Para corregir este último problema se aprobó la Directiva 2007/66/CEE, 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. De acuerdo con el considerando 18 de la Directiva 2007/66/CEE: “A fin de impedir infracciones graves de la obligación del período suspensivo y de la suspensión automática,

4. Los aspectos esbozados en este epígrafe han sido debidamente analizados por la doctrina administrativista. Por todos, véase Santamaría Pastor (2015).

5. Respecto a la transposición de las directivas de recursos en España, la STJUE (Sala Sexta) de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/00, Comisión de las Comunidades Europeas c. España, sostuvo, a los efectos que interesan en este trabajo, que no era compatible con la Directiva 89/665 una normativa como la española, que supeditaba la suspensión de las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso en cuanto al fondo contra la decisión en cuestión, ya que no podía considerarse un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras (aps. 99 y 100). Posteriormente, y en relación con el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la Comisión Europea demandó a España por haber incumplido las obligaciones derivadas del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores, al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración, y al permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. La STJUE (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión de las Comunidades Europeas c. España, consideró fundadas las dos primeras imputaciones, bajo la conclusión de que la legislación española objeto de recurso “no permite a todo licitador excluido interponer un recurso con arreglo a las exigencias de la Directiva sobre recursos contra la decisión de adjudicación de un contrato público antes de la propia celebración de este”. En particular, sostuvo que, “en la medida en que el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual esta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato” (ap. 42). Además, “[...] la formalización del contrato [...] no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva [...] Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas” (ap. 43).

6. El considerando 4 de la Directiva 2007/66 destaca, entre los puntos débiles de las directivas de recursos que modifica (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE), “la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversible las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida”.

que constituyen requisitos previos para un recurso eficaz, deben aplicarse sanciones efectivas. Los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato”.

El párrafo transcrito y las modificaciones introducidas en la Directiva 2007/66/CEE para garantizar la eficacia de los procedimientos de recurso ponen de relieve la desconfianza del legislador europeo en la administración contractual⁷, y un conocimiento parcial y sesgado sobre las modalidades de perfección de los contratos del sector público⁸. El legislador europeo asume que la perfección de los contratos tiene lugar con su formalización y que, entre el periodo de adjudicación y el de formalización de los contratos, los poderes adjudicadores tendrán la tentación de burlar la suspensión automática derivada de la interposición de los recursos. Es también la desconfianza del legislador europeo en la administración contractual la que justifica que se exija que los recursos deban ser resueltos por un órgano independiente del poder adjudicador⁹.

2.1. La eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos

Como reza su título, la Directiva 2007/66/CEE se propone mejorar la eficacia en materia de adjudicación de contratos públicos, y para ello pretende corregir lo que considera puntos débiles de las directivas de recursos. Como se ha avanzado, de acuerdo con el considerando 4 de esta Directiva: “Entre los puntos débiles detectados destaca, en particular, la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida. A fin de poner remedio a esta deficiencia, que supone un serio obstáculo a la tutela judicial efectiva de los licita-

7. Esta desconfianza, como ha indicado Díez Sastre (2012: 36), se justifica por las prácticas de tintes proteccionistas en las que parecían anclados los Estados miembros, y que condujeron a múltiples violaciones de las directivas.

8. Este aspecto ha sido acertadamente desarrollado por Martínez López-Muñiz (2011: 327).

9. La independencia del órgano de recurso respecto del poder adjudicador es una de las exigencias más relevantes en este nuevo modelo, como ha señalado con acierto la doctrina (Bernal Blay, 2011; Tornos Mas, 2011; Valcárcel Fernández, 2020; Vilalta Reixach, 2022).

dores afectados, es decir, los que aún no han sido definitivamente excluidos, procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato”.

La Directiva también considera que “conviene prever un plazo suspensivo mínimo autónomo que no debe expirar antes de que el órgano de recurso haya adoptado una decisión sobre la interposición. Esto no debe impedir que el órgano de recurso haga una evaluación previa sobre si el recurso en sí es admisible. Los Estados miembros pueden prever que dicho plazo venza cuando el órgano de recurso haya adoptado una decisión sobre la aplicación de medidas provisionales, inclusive una suspensión más amplia de la celebración del contrato, o cuando el órgano de recurso haya adoptado una decisión sobre los méritos del caso, en especial sobre la solicitud de anulación de una decisión ilegítima” (considerando 12).

La incorporación de estas reglas planteó no pocos problemas al legislador español. Como ha señalado acertadamente Martínez López-Muñiz (2011: 327), el legislador europeo está pensando en el régimen de perfección de contratos propio del sistema francés, que tiene lugar con la celebración o formalización del contrato, de modo que sus previsiones no tienen ningún sentido en un modelo como el español, que, en el momento de aprobación de la Directiva, consideraba perfeccionados los contratos con la adjudicación definitiva (art. 27 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público)¹⁰. En los sistemas jurídicos de doble nivel, como el francés, se separan claramente el acto de selección del contratista o de adjudicación del contrato y la posterior constitución del mismo mediante su formalización, de modo que los licitadores excluidos tenían bastantes complicaciones para impugnar un contrato formalizado del que no son parte. En estos sistemas, la celebración formal del contrato comportaba, en efecto, el cierre ya de toda posibilidad de que otros interesados impugnasen el acto de selección del contratista, algo que no ocurría en derecho español, donde “nunca se ha excluido la anulación de los contratos públicos -mediante la anulación de su adjudicación-, cualquiera que fuera el estado de su ejecución” (Martínez López-Muñiz, 2011: 331).

Sin embargo, la Comisión Europea había cuestionado precisamente la regulación española, porque en sistemas como el español, en el que la ce-

10. Según el art. 27.1 de la LCSP de 2007: “Los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella”.

lebración del contrato tenía lugar al mismo tiempo que su adjudicación, el problema jurídico identificado en la Directiva se agravaba, ya que —se argumentaba— no existía un acto de adjudicación del contrato que pudiese ser recurrido con independencia del acto de su celebración (ap. 25 STJUE de 3 de abril de 2008).

De hecho, una de las modificaciones que la Ley 34/2010 introdujo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, para adaptarla a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE fue la de “refundir en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso”¹¹. En este sentido, el artículo 27 de la Ley 30/2007, en su nueva redacción, disponía: “1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización”. El plazo de suspensión entre la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos y la formalización del contrato, en los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, era de 15 días, de acuerdo con el artículo 140.3 de la Ley 30/2007.

En este contexto se introdujo también la previsión de suspensión automática de los efectos de la adjudicación del contrato, derivada de la interposición del recurso especial de contratación, en los siguientes términos: “Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación” (art. 315 Ley 30/2007, incorporado por el art. 1.3 Ley 34/2010, de 5 de agosto).

En suma, la Directiva 2007/66/CEE, con base en el diagnóstico de los puntos débiles que presentaba el diseño de las dos directivas anteriores, introduce las siguientes modificaciones relevantes: determina los plazos para la activación de los mecanismos de tutela antes de la celebración del contrato; establece un plazo suspensivo obligatorio entre la adjudicación y la celebración del contrato; y regula los efectos suspensivos por la interposición del recurso antes de la adjudicación del contrato. A pesar de las dificultades derivadas de la estructura del ciclo contractual previsto en la legislación española previa a la incorporación de las directivas, se incorporaron todas las modificaciones previstas.

11. Preámbulo de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

2.2. La ineficacia del contrato

Con el fin de garantizar la eficacia del sistema de recursos, como ha señalado la doctrina (Gallego Córcoles, 2011: 265), la novedad más importante de la Directiva 2007/66/CE, en relación con la regulación inicial prevista en las directivas que modifica, es la de obligar a los Estados miembros a sancionar con ineficacia los contratos celebrados habiéndose producido determinadas infracciones muy graves del derecho de la Unión Europea. En este punto, es importante señalar que lo que pretende la Directiva es que los contratos queden sin efectos¹² con el objetivo de asegurar la existencia de mecanismos de tutela restitutoria a disposición de los licitadores, es decir, de canales de tutela que permiten corregir las infracciones de las reglas de contratación antes de la adjudicación y restituir el *statu quo* anterior (Díez Sastre, 2012: 39).

A los efectos de esta contribución interesa destacar que, entre los supuestos de ineficacia del contrato, se encuentra el caso en el que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se hubiese respetado la suspensión automática de la adjudicación derivada de la interposición de un recurso. Con anterioridad, los efectos de la declaración de invalidez de los actos precontractuales se debían determinar conforme al derecho nacional (art. 2.6 Directiva 89/665/CEE), el cual, por tanto, podía establecer la conservación del contrato o bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del derecho europeo. Esta última ha sido la solución en derecho español, que ha admitido tradicionalmente que la invalidez de la adjudicación se transmite al contrato.

Para impedir infracciones graves de la obligación del período suspensivo y de la suspensión automática, que, según la Directiva, constituyen los requisitos previos para un recurso eficaz, se prevé que “[l]os contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces *en principio* si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato” (la cursiva es nuestra; considerando 18).

Según el considerando 21 de la Directiva 2007/66/CEE: “El objetivo que se persigue al establecer los Estados miembros la normativa por la que se garantice que un contrato no produzca efectos, es que los derechos y las obligaciones

12. Las traducciones de las directivas, no solo al español, sino también al alemán (*Unwirksamkeit*) o al francés (*absence d'effets*), confirman sobradamente esta interpretación.

de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución. Las consecuencias que se deriven de la ineficacia de un contrato deben quedar reguladas por la legislación nacional. Por tanto, la legislación nacional puede, por ejemplo, establecer la anulación de todas las obligaciones contractuales con efectos retroactivos (*ex tunc*) o limitarse a prever la anulación de aquellas obligaciones aún por ejecutar (*ex nunc*). Esto no debe implicar la falta de sanciones rigurosas si las obligaciones derivadas de un contrato se han cumplido ya parcial o casi totalmente. En estos casos, los Estados miembros deben prever también sanciones alternativas, teniendo en cuenta en qué medida el contrato sigue estando en vigor de conformidad con el Derecho interno. De manera análoga la legislación nacional determina las consecuencias relativas a la posible recuperación del valor cuando la restitución del bien no sea posible”.

Con este fin, la Directiva establece en el artículo 2.3 lo siguiente: “Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso”. Adicionalmente, el artículo 2.8 dispone: “Los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz”.

Para hacer efectiva la obligación establecida en el artículo 2.3 mencionado, la Directiva 2007/66/CEE prevé en el artículo 2 *quinquies* que los Estados garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, en el caso en que este se formalice vulnerando la suspensión derivada de la interposición del recurso de contratación. Los términos en los que está redactada la causa de nulidad que se analiza en este trabajo ponen a prueba la capacidad de los intérpretes más experimentados: “Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos [...]: En caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3 o del artículo 2 bis, apartado 2 de la presente Directiva, si dicha infracción priva al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción este combinada con una infracción de la Directiva 2004/18/CE, si esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato”.

En unos términos algo difusos, este precepto pretende establecer unos requisitos subjetivos y unos requisitos sustantivos en relación con esta causa

de nulidad. En términos subjetivos, establece que la ineficacia del contrato debe ser declarada por el órgano independiente que ha de examinar el recurso, esto es, por el tribunal de recursos contractuales (Tornos Mas, 2011; Gimeno Feliu, 2013; Vilalta Reixach, 2022). En términos sustantivos, establece que la infracción consistente en celebrar el contrato antes de que el órgano se haya pronunciado sobre la suspensión de la decisión de adjudicación o sobre el fondo del asunto, para dar lugar a la nulidad, debe estar acompañada de una infracción material de la Directiva 2004/18/CE. Se constata, por tanto, que la Directiva 2007/66/CE no pretendía que los Estados miembros configurasen la formalización anticipada del contrato como una causa de nulidad independiente de la nulidad de la adjudicación, sino como una garantía de su eficacia. La formalización anticipada del contrato únicamente debía dar lugar a la ineficacia del contrato si la adjudicación incurría en una causa de nulidad sustantiva (Díez Sastre, 2012: 203; Gallego Córcoles, 2011: 287-288)¹³.

3. La incorporación de las directivas en la legislación de contratos del sector público

La incorporación de las directivas de recursos en la legislación de contratos del sector público se ha producido paulatinamente, mediante diversas fases.

El legislador español consideró, en el momento de aprobar la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que el ordenamiento jurídico ya preveía los instrumentos adecuados para hacer efectivas las directivas de recursos, porque se preveía una vía de recurso —el recurso ordinario— para los actos de licitación y adjudicación de contratos aprobados contraviniendo las directivas de contratos. Así, la exposición de motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establecía lo siguiente: “No se incorpora, por el contrario, el contenido de las

13. Esta es también la interpretación que se desprende de los considerandos 18 y 19 de la Directiva 2007/66/CE:

“[...] Los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato.

En el caso de otros incumplimientos de requisitos formales, los Estados miembros podrían considerar inapropiado el principio de ineficacia. En estos casos, los Estados miembros deben disponer de flexibilidad para imponer sanciones alternativas. Estas deben limitarse a la imposición de multas que deben pagarse a un órgano independiente del poder adjudicador o entidad contratante, o a una reducción de la duración del contrato. Corresponde a los Estados miembros determinar los detalles de las sanciones alternativas y de las normas de su aplicación”.

Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque 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 vigentes, se ajusta ya a su contenido” (Mestre Delgado, 1991: 37; Gimeno Feliu, 1995: 85).

Tras la STJUE de 15 de mayo de 2003, que declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/665/CEE, al haber excluido a las sociedades mercantiles bajo control público sujetas al derecho privado, y al someter por regla general la posibilidad de tomar medidas cautelares en relación con las decisiones de las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra dicha decisión, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social introdujo el artículo 60 bis en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁴, que fue calificado como ineficaz e insuficiente por parte de la doctrina¹⁵. El artículo 60 bis requería que fuera el interesado el que solicitara la suspensión del procedimiento de adjudicación ante el órgano competente para resolver el correspondiente recurso contra el acto de adjudicación.

El nuevo intento del legislador español de implementar correctamente las directivas se concretó en el artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007), que introdujo un recurso especial de contratos públicos para contratos sujetos a regulación armonizada,

14. “Artículo 60 bis. Medidas provisionales.

1. Los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Esta solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente.

2. Serán órganos competentes para adoptar, en su caso, tales medidas provisionales los que lo sean para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase.

3. El plazo para solicitar la adopción de las medidas citadas será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa.

Contra dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida”.

15. Gimeno Feliu (2011: 229); García de Enterría Martínez-Carande (2004: 324); Baño León (2004: 350); De la Sierra Morón (2004: 229).

previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, y cuya resolución se atribuía “al órgano de contratación, o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que está adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene carácter de Administración pública”. Eran susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, entre otros actos. Y se establecía en el apartado 7: “Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato”.

El artículo 37 establecía la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato cuando el acto objeto de recurso era el de la adjudicación provisional, y atribuía la competencia para resolver el recurso especial al mismo órgano contratante, por lo que no se cumplía el requisito de independencia que exigían las directivas de recursos. El artículo 38 de la Ley 30/2007 preveía la posibilidad de adopción de medidas cautelares previa solicitud por parte del interesado, ya en el momento de interponer el recurso especial, ya de manera independiente, con anterioridad a la interposición del recurso especial (Noguera de la Muela, 2009).

La STJUE de 3 de abril de 2008 volvió a declarar que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b) de la Directiva 89/665/CEE, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicataria notificase la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, ni tampoco un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y su celebración (Moreno Molina, 2008).

La Comisión Europea, en el Dictamen motivado 260/2190/2002, emplazaba al Gobierno de España a adoptar las medidas requeridas en la sentencia, porque, a diferencia de la posición mantenida por el Gobierno español, según la cual la regulación del nuevo recurso especial del artículo 37 de la Ley 30/2007 ya cumplía las exigencias derivadas de la STJUE de 2008, la Comisión destacó que la Ley 30/2007 no permitía recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación, y el recurso contra la adjudicación provisional en la Ley 30/2007 no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato, y no permite a los licitadores excluidos recurrir los actos posteriores a la adjudicación provisional.

La siguiente reforma para adaptar la normativa de contratos a la Directiva 2007/66/CE se produjo con la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del

agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (Cid Villagrasa, 2010; Moreno Molina, 2010a). Los cambios más relevantes a los efectos de este trabajo son: la regla, ya analizada en el epígrafe anterior, según la cual la perfección del contrato se produce con la formalización (y no con la adjudicación, como ocurría con anterioridad); la regulación de un recurso especial en materia de contratos ante un órgano independiente, acompañada de una regla de suspensión automática del procedimiento de contratación desde la interposición del recurso¹⁶; y la regulación de la cuestión de nulidad para supuestos especiales de nulidad, entre los que se encuentra la nulidad del contrato en caso de haberse formalizado con infracción del plazo de suspensión automática en caso de interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación¹⁷.

Los cambios introducidos en la Ley 30/2007 se mantienen en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3.1. La formalización como criterio determinante de la perfección del contrato

El legislador español consideró que, para poder cumplir con las exigencias derivadas de la Directiva y de la STJUE de 2008 a la que se ha hecho referencia, era necesario trasladar la perfección del contrato de la adjudicación definitiva a la formalización. La Ley 34/2010 elimina la distinción entre adjudicación provisional y definitiva, y traslada el momento de perfección del contrato de la adjudicación definitiva a la formalización del contrato, que deviene por tanto un requisito no solo de su eficacia, como ocurría con anterioridad a la reforma (art. 140.4 Ley 30/2007 en su versión original), sino de la existencia misma del contrato.

Así, la exposición de motivos de la Ley 34/2010 explicaba: “Del mismo modo, ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumpli-

16. Todos estos aspectos han sido debidamente analizados por la doctrina. En concreto, sobre este tema, véanse: Razquin Lizarraga (2010); Díez Sastre (2011); Santamaría Pastor (2015); Valcárcel Fernández (2016).

17. Véanse: Pulido Quecedo (2010); Díez Sastre (2018a); Franch i Saguer (2021).

miento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de refundir en uno sólo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso. Esta modificación, ha generado la necesidad de modificar una serie importante de artículos de la Ley que han resultado afectados por ella aun cuando no tengan relación directa con el recurso especial en materia de contratación”.

La innecesidad de este cambio ha sido destacada acertadamente por la doctrina, puesto que, como ha indicado Martínez López-Muñiz (2011: 323), hubiese bastado con obligar a un necesario plazo de espera para la formalización del contrato y la consiguiente eficacia de este. El objetivo último de la Directiva era asegurar que las legislaciones nacionales disponían de un plazo mínimo razonable para que se pudiera efectuar un control de la adjudicación, antes de llegar a una irreversible ejecución del contrato. La eficacia de los mecanismos de recurso frente a posibles infracciones de las normas sustantivas requería que, en caso de declararse las mismas, estas pudieran corregirse. No puede desconocerse que la jurisprudencia del TJUE ha contribuido a interpretar que la Directiva requería separar adjudicación y celebración¹⁸. Sin embargo, el respeto al objetivo de la Directiva podría alcanzarse si las legislaciones nacionales aseguraban la posibilidad de anular la decisión del órgano de contratación de adjudicación o de celebración del contrato antes de que fuera ejecutado. Esta finalidad de la Directiva se cumplía en un sistema como el español, aplicando un plazo de espera razonable a la separación que siempre ha existido entre la adjudicación y la formalización, “sin necesidad de que la primera pierda su real carácter constitutivo ni ésta lo adquiera en su lugar” (Martínez López-Muñiz, 2011: 334). Ya que, como se ha indicado, la perfección del contrato en derecho español nunca ha impedido la impugnación de la adjudicación y la consiguiente corrección de la infracción, que es lo que pretendía justamente la Directiva de Recursos (como expresan el considerando 2.º de la Directiva 85/655/CEE: “Considerando que

18. En particular, nos referimos a la ya citada STJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión de las Comunidades Europeas c. España, comentada *in extenso* por Moreno Molina (2010a). El TJUE, al analizar la compatibilidad del derecho español con las directivas de recursos, consideró que, “en la medida en que el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato” (ap. 42).

los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”; y el considerando 4.º, del que se destaca la referencia a la irrelevancia del momento en que se perfeccione el contrato: “[...] procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión, *independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato*”).

Lo relevante, en definitiva, es la posibilidad de impugnar el acto de adjudicación antes de la firma del contrato, sea cual sea su naturaleza, constitutiva o simplemente *ad probationem*.

En cualquier caso, con la reforma, la formalización del contrato se configura no solo como un requisito de eficacia del contrato, que era la función que cumplía antes de la reforma (art. 140.4 Ley 30/2007 en su versión original), sino como un requisito de la existencia misma del contrato. De esta manera se pierde la que constituye, según Martínez López-Muñiz (2011: 325), “una particularidad específica de la contratación pública, indesligable de la peculiar naturaleza y posición jurídica en el Estado de Derecho de la Administración pública. Los contratos que constituye la Administración con sujetos (privados o públicos) [...] se constituyen realmente, y sólo deben poder constituirse, por la unilateral voluntad de la Administración contratante [...] Administración y contratista no contribuyen al nacimiento del contrato del mismo modo, con idéntica fuerza jurídica, porque entre ambos, en relación con cada contrato público, media una relación previa que envuelve a otros legítimamente interesados y que comporta una clara desigualdad de posiciones entre la Administración y los administrados posibles contratistas”.

3.2. La depuración de los vicios de nulidad del contrato

Una vez trasladada la perfección del contrato a la formalización era necesario establecer unas vías de recurso eficaces y regular los mecanismos necesarios para garantizar la ineficacia del contrato si se había producido algún vicio en la fase preparatoria del mismo o en la adjudicación. En aplicación de la teoría general de la nulidad, que vincula su declaración con la ineficacia, el legislador español incorporó las causas especiales de ineficacia contractual previstas en las directivas de recursos entre las causas de nulidad (Santamaría Pastor, 2004; Díez Sastre, 2018a), y estableció una peculiar combinación entre los nuevos y los tradicionales mecanismos previstos para su depuración.

El peculiar papel de la Administración en materia de contratos del sector público se proyecta también en los tradicionales modos de depuración de los vicios de nulidad del contrato, puesto que, junto a las vías de recurso ordinario superadas por la regulación del recurso especial en materia de contratos, incluye la revisión de oficio.

3.2.1. La revisión de oficio

La regulación de la revisión de oficio en materia contractual está relacionada precisamente con esta particularidad de la contratación pública, que permite a la Administración revisar el acto administrativo unilateral, ya sea preparatorio o de adjudicación del contrato. Sin embargo, junto a estos actos administrativos, el artículo 34 de la Ley 30/2007 introdujo también la posibilidad de revisar de oficio los contratos de las Administraciones públicas sujetos a regulación armonizada¹⁹. Ello sin perjuicio de la posibilidad de declarar nulos actos de ejecución del contrato, pero que siguen reuniendo la nota de ser actos unilaterales de la Administración (art. 35.2 Ley 30/2007).

3.2.2. El recurso especial en materia de contratos

Junto a este mecanismo tradicional de depuración de los vicios de nulidad por la propia Administración, la Ley 34/2010 introdujo un nuevo recurso especial administrativo de carácter precontractual, resuelto por un órgano especializado e independiente del órgano de contratación. El carácter precontractual con el que se configuró inicialmente este recurso implicaba que su objeto se limitaba únicamente a la impugnación de los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos²⁰.

19. El artículo 34 de la Ley 30/2007 establece que "la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

20. De acuerdo con el artículo 310.2 de la Ley 30/2007: "Podrán ser objeto de recurso los siguientes actos: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores; c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores".

La doctrina administrativista ha analizado con detalle las novedades que supone este recurso respecto de la regulación anterior²¹, tanto en términos procedimentales como en términos subjetivos, destacando la importancia de la creación de los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC)²².

A los efectos de este trabajo interesa destacar ahora que, con el fin de garantizar la eficacia de las resoluciones de los TARC, la reforma introdujo la suspensión automática del procedimiento de contratación derivada de la interposición del recurso especial. Así, como se ha avanzado, según el artículo 315 de la Ley 30/2007, relativo a los efectos derivados de la interposición del recurso: “Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación”.

3.2.3. La fugaz existencia de la cuestión de nulidad

Como complemento del recurso especial y para depurar los vicios de nulidad que afectasen a los contratos sujetos a regulación armonizada, en relación con determinados supuestos especiales de nulidad, el artículo 39 de la Ley 30/2007, introducido por la Ley 34/2010, reguló la cuestión de nulidad (Liñeira Piñeiro, 2011). La cuestión de nulidad, que podía plantearse por los interesados ante el órgano competente para resolver el recurso especial, se mantuvo durante la vigencia del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF), y ha desaparecido con la nueva LCSP. A los efectos de este trabajo interesa destacar que existe una relación directa entre la regulación de la cuestión de nulidad y los supuestos especiales de nulidad para los contratos sujetos a regulación armonizada, entre los que se encuentra la formalización del contrato con infracción de la suspensión automática.

3.3. Los supuestos especiales de nulidad contractual

La reforma introducida por la Ley 34/2010 estableció cinco nuevos supuestos especiales de nulidad de los contratos sujetos a regulación armonizada en el artículo 37.1 de la Ley 30/2007²³. Entre estos nuevos supuestos, se introdu-

21. Noguera de la Muela (2009); Bernal Blay (2010); Gimeno Feliu (2011).

22. Véase el número especial, dedicado a los tribunales administrativos de recursos contractuales, publicado en 2010 en la revista *Documentación Administrativa*, así como, entre otros: Bernal Blay (2011); Tornos Mas (2011); Gimeno Feliu (2013).

23. Sobre ello véanse: Moreno Molina (2010b); Díez Sastre (2018a); Franch i Saguer (2021).

jo en la letra c) el supuesto que motiva este trabajo. Señala el precepto lo siguiente:

“Los contratos sujetos a regulación armonizada [...] serán nulos en los siguientes casos:

[...]

c) Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 310 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido”.

A diferencia de los restantes supuestos especiales de nulidad, que afectan al acto de adjudicación o a sus actos preparatorios, la letra c) afecta exclusiva y directamente a la formalización indebida del contrato.

Los efectos de la declaración de nulidad derivada de los supuestos especiales regulados en el artículo 37 de la Ley 30/2007 se regulan en el artículo 38.1, que establece lo siguiente: “La declaración de nulidad por las causas previstas en el artículo anterior producirá los efectos establecidos en el artículo 35.1 de esta Ley”. A su vez, según el artículo 35.1 de la Ley 30/2007, en su redacción dada por la Ley 34/2010: “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”. Los términos de la regulación de los supuestos especiales de nulidad previstos para los contratos sujetos a regulación armonizada se mantuvieron en el TRLCSP, y han sufrido algunas modificaciones con la aprobación de la nueva LCSP.

4. Régimen jurídico vigente

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), conforme declara su preámbulo, “mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público”. Sin embargo, como se verá, ello es solo parcialmente cierto, puesto que los supuestos especiales

de nulidad se extienden a todo tipo de contratos y se suprime la cuestión de nulidad (Arévalo Gutiérrez, 2017: 43).

4.1. La suspensión de la formalización del contrato derivada de la interposición del recurso especial

Consolidando las modificaciones derivadas de la incorporación de las directivas de recursos, y con el fin de garantizar la eficacia de las resoluciones de los TARC, la LCSP prevé, como efecto inmediato de la interposición del recurso especial frente a la adjudicación de un contrato, la suspensión de los efectos de la adjudicación. En concreto, el artículo 53 de la LCSP dispone lo siguiente: “Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación [...]”.

Los TARC también pueden acordar la suspensión como medida cautelar²⁴. Sin embargo, el órgano que conoce del recurso puede levantar esa suspensión en el plazo de cinco días hábiles siguientes a su interposición, que es el mismo para alegaciones de los interesados, y la suspensión automática se entiende vigente mientras no se dicte una resolución expresa acordando el levantamiento²⁵.

4.2. La nulidad de la formalización del contrato sin respetar la suspensión

La LCSP ha trasladado las causas especiales de nulidad previstas solo para los contratos sujetos a regulación armonizada en el artículo 37 de la Ley

24. Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el art. 49 de la LCSP, cuyo primer apartado dispone: “Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”.

25. Según el art. 56.3 LCSP:

[...] dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

De forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso.

Asimismo, en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento”.

30/2007, y que eran susceptibles de recurso ante los TARC mediante la cuestión de nulidad, a la regulación general de la invalidez de los contratos. Con ello se introducen diversos problemas en la sistemática de la ley, que se analizarán más adelante. En todo caso, obsérvese que, de acuerdo con el artículo 38 de la LCSP, los contratos celebrados por los poderes adjudicadores serán inválidos cuando concurra en ellos alguna de las causas previstas en el derecho civil, cuando la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado o “cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”.

Las causas de nulidad previstas en el artículo 39 de la LCSP deberían referirse, pues, a los actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 39.2.e) de la LCSP, son nulos de pleno derecho, además, los contratos celebrados por los poderes adjudicadores en los que se ha “llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto”.

4.3. Los procedimientos para declarar la nulidad del contrato

La nueva LCSP, como se ha indicado, suprime la cuestión de nulidad, a la que se encontraba particularmente vinculada la causa que venimos analizando. Por ello cabe preguntarse por el procedimiento o los procedimientos previstos para conocer los supuestos especiales de nulidad incorporados ahora en el régimen general de invalidez de los contratos del sector público. El tenor literal de la exposición de motivos de la LCSP podría llevarnos a la conclusión de que las causas de nulidad incorporadas a raíz de las directivas de recursos únicamente son susceptibles de ser declaradas mediante el recurso especial, puesto que en la misma se indica lo siguiente: “Dentro del Libro I se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación; y se mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de contratación”.

A pesar de lo indicado por el legislador en la exposición de motivos no resulta evidente, de acuerdo con el artículo 44.2 LCSP, relativo a las actuaciones objeto de recurso, que la formalización del contrato sin respetar el

plazo de suspensión pueda ser objeto del recurso especial de revisión, pues esta causa no está prevista en ninguno de los supuestos contemplados en este precepto.

En relación con la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.d) LCSP (formalización del contrato sin respetar el plazo de espera previsto en el artículo 153.3 LCSP), la Resolución 1203/2018, de 28 de diciembre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, inadmitió el recurso especial contra la formalización del contrato, porque interpretó que la formalización del contrato no es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación: “Ni el TRLCSP ni la LCSP mencionan este supuesto al enumerar los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, ni el mismo resulta asimilable a ninguno de los supuestos que expresamente enumera la Ley [...] En consecuencia, el legislador sólo consideró recurrible, en lo que ahora interesa, el acto de adjudicación –en cuanto declaración administrativa que decide de forma definitiva la persona física o jurídica a la que se encarga la ejecución del contrato licitado–, y determinados actos de trámite cualificados entre los que no cabe entender incluida la formalización, pues la misma no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, sino que documenta lo en ella acordado, dando lugar a la perfección del contrato (artículo 36.1 LCSP). Por su parte, el vigente artículo 44.2 de la LCSP amplía la relación de actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, pero mantiene, en lo que aquí interesa, el recurso contra los acuerdos de adjudicación (sin mencionar los acuerdos o documentos de formalización del contrato) [...] En definitiva, es el acuerdo de adjudicación (y no el posterior documento de formalización del contrato) el acto definitivo de resolución de la licitación que la Ley ha considerado susceptible de recurso especial en materia de contratación, previendo el legislador que la subsiguiente formalización (por la que se documenta lo ya resuelto en el acuerdo de adjudicación) no pueda adoptarse hasta transcurridos quince días hábiles desde la remisión de la resolución de adjudicación a los licitadores (artículo 153.3 de la LCSP), y ello precisamente porque tal es el plazo legalmente previsto para la eventual interposición de eventuales recursos especiales contra el acuerdo de adjudicación. *Por ese mismo motivo el artículo 39.1.d) de la LCSP califica como causa de nulidad de derecho administrativo la inobservancia, por el órgano de contratación, del plazo establecido para la formalización (si se dan las circunstancias indicadas en dicho precepto) pues, se insiste, sólo la adjudicación es susceptible de recurso especial, y hasta que no transcurra el plazo para la interposición de dicho recurso no cabe proceder a la formalización, contra la que no se contempla la interposición de recurso*” (la cursiva es nuestra).

Ante la claridad del texto legal, no puede admitirse una doble opción de recurso (contra la resolución de adjudicación, y contra el posterior documento de formalización del contrato), pues, como se ha indicado, solo es legamente admisible el recurso contra los acuerdos de adjudicación, siendo así que la empresa recurrente ya interpuso en su día recurso especial contra la resolución de adjudicación del presente contrato, que fue íntegramente desestimado por este Tribunal. Cabe añadir que, en este sentido, ya se pronunció el Tribunal en su Resolución 327/2017, de 6 de abril, en la que se declaró que “la formalización del contrato, último acto adoptado por el órgano de contratación y que supone el comienzo de su eficacia, no forma parte de los actos objeto de impugnación por la vía del recurso especial que prevé el artículo 40.2 del TRLCSP, aunque lo sea el acto de adjudicación”.

En cambio, la Resolución 26/2020, de 29 de enero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público sostiene:

“Aquesta causa de nul·litat, emparada durant la vigència de la normativa de contractació pública anterior en la qüestió de nul·litat, s’ha de considerar ara inserida, sota la vigència de la LCSP, en el recurs especial en matèria de contractació. [...]”.

Esta disparidad de criterios mantenida por los TARC tiene consecuencias en la dinámica de funcionamiento de estos órganos de recursos y en las impugnaciones de los licitadores basadas en la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP²⁶.

5. La revisión de oficio

Las dudas que plantea la admisibilidad de esta causa de nulidad en vía de recurso especial convierten en particularmente relevante la cuestión acerca de las otras vías posibles. En concreto, es necesario dilucidar si una interpretación sistemática de los sistemas de revisión de las decisiones de los poderes adjudicadores permite deducir que las causas especiales de nuli-

26. Como puede verse en el Informe de resultados de los cuestionarios enviados a los TARC en el marco del proyecto de investigación que da origen a esta publicación, la mayoría de los TARC encuestados (el 78,26 %), cuando traslada a las partes que se ha presentado un recurso especial contra la adjudicación, les recuerda que opera de forma automática la suspensión prevista en el art. 53 de la LCSP. No obstante, únicamente el 20 % de los TARC encuestados han recibido impugnaciones basadas en la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP. Queda pendiente realizar un estudio en profundidad de las resoluciones adoptadas por los TARC con base en esta causa. Puede resultar de ayuda que casi la mitad de los TARC encuestados (el 39,13 %) realizan un seguimiento sobre el cumplimiento de la obligación de suspensión, automática o acordada por un TARC, derivada de la interposición de un recurso especial.

dad y, por tanto, también la prevista en el artículo 39.2.e) LCSP, puedan ser conocidas por la vía de la revisión de oficio. Esto es, en el caso de producirse la formalización del contrato sin respetar la suspensión automática o la suspensión acordada por el TARC, si los particulares afectados pueden instar o si la Administración puede iniciar un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad del contrato.

El artículo 41 LCSP regula la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos, y establece que dicha revisión se efectuará de conformidad con lo establecido en la legislación general de procedimiento administrativo, sin prever ninguna particularidad respecto a los contratos sujetos a regulación armonizada, debido a la supresión de las causas especiales de nulidad²⁷.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos, la revisión de oficio es un mecanismo excepcional de revisión de actos firmes que solo procede en los supuestos de nulidad absoluta previstos expresamente por el ordenamiento jurídico, y su aplicación requiere una interpretación estricta de los vicios de nulidad por parte de la Administración y que no exista una alternativa prevista por el legislador para restablecer la legalidad presuntamente infringida (Font i Llovet, 2019; Galán Galán, 2019). Cuando la revisión de oficio se aplica a actos administrativos dictados en un procedimiento contractual, resulta que es el propio órgano de contratación quien valora la concurrencia de la causa de nulidad y declara, en su caso, la nulidad del acto administrativo objeto de revisión. Esta circunstancia contrasta con una de las exigencias de las directivas sobre recursos, basada en la necesidad de que sea un órgano independiente del órgano de contratación el que controle la legalidad del procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos. Sin embargo, contradiciendo las sospechas del legislador europeo, los órganos de contratación no parecen tener reparos en activar esta causa de nulidad si observan que han formalizado indebidamente o extemporáneamente el contrato. Para declarar la nulidad del contrato, de acuerdo con la remisión efectuada por el artículo 41.1 de la LCSP a lo establecido en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es necesario el dictamen previo favorable del Consejo de Estado u órgano

27. Con una redacción equivalente a su precedente inmediato, el art. 41.1 de la LPAC establece: "La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

consultivo equivalente de la comunidad autónoma. Es en este contexto en el que se emiten los dictámenes que se comentan en el apartado siguiente.

5.1. La posición de algunos órganos consultivos autonómicos

El Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 72/2017, informó favorablemente sobre la revisión de oficio de los contratos de transporte escolar de los centros docentes públicos de la provincia de Almería realizados por la persona titular de la Gerencia Provincial de Almería, de la Agencia Pública Andaluza de Educación, por delegación. La causa de nulidad propuesta por el órgano de contratación era la prevista en el artículo 37.1.c) TRLCSP, porque el contrato se había formalizado sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión de los actos de adjudicación recurridos. El órgano consultivo constató que concurría en el caso la referida causa de nulidad, y declaró que la nulidad afectaba a los contratos mismos, ya que, desde la reforma de la Ley 30/2007, los contratos se perfeccionaban con su formalización; y que las adjudicaciones no resultaban afectadas por la declaración de nulidad, de manera que, de confirmarse su legalidad por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, bastaría con formalizar los contratos:

“Las empresas afectadas no alegan nada en el procedimiento, si bien una de ellas considera que la nulidad lo es de la formalización del contrato, pero no de la adjudicación y la propuesta de resolución así se pronuncia. Sin embargo, tal apreciación sólo es correcta en el sentido de que las adjudicaciones no pueden verse afectadas por la declaración de nulidad, adjudicaciones que por lo demás y tal y como se ha señalado ya están recurridas ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales. Pero no lo es en el sentido de que la nulidad lo es de los contratos, tal y como establece el artículo 37.1 del TRLCSP, pues los contratos administrativos, desde la reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, se perfeccionan con su formalización, tal y como ahora recoge el artículo 27.1 del TRLCSP. En consecuencia, los contratos son nulos de pleno derecho por concurrir en ellos el supuesto de nulidad contractual previsto en el artículo 37.1.c) del TRLCSP, sin perjuicio de la subsistencia de las adjudicaciones, lo que significa que de confirmarse finalmente la legalidad de las referidas adjudicaciones, bastaría con formalizar los contratos” (FJ 3.º).

El Dictamen 115/2021 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña también se pronunció en un procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Mataró para declarar nulo el contrato de suministro e instalación de cámaras de videovigilancia, con base en la misma causa de nulidad en el artículo 39.2.c) LCSP, aplicable por razones temporales al caso. La Comisión constató que en el momento de emitirse el dictamen el Tribunal Catalán de Contratos (TCC) había dictado la Resolución 5/2021, de 14 de enero, por la que se había resuelto el recurso especial contra la adjudicación del contrato, y por la que se había declarado nula la adjudicación de uno de los dos lotes del contrato, el lote 1. El TCC no entró en el fondo sobre la legalidad de la adjudicación del lote 2, porque había negado la legitimación activa de la empresa recurrente, la cual había sido excluida de la licitación. El TCC había levantado la suspensión de la adjudicación, por lo que la adjudicación del lote 2 había recuperado la eficacia.

La Comisión Jurídica Asesora constató en primer lugar los problemas que presenta la aplicación del procedimiento de revisión de oficio a un supuesto en el que el objeto de la revisión es la formalización del contrato por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 39.2.e) LCSP. Estos problemas derivan tanto de los antecedentes normativos de esta causa en las directivas de recursos, y de la finalidad perseguida por el legislador comunitario, como de la configuración legal y dogmática de la revisión de oficio en derecho español.

En cuanto a la respuesta concreta que la Comisión Jurídica Asesora dio a la procedencia de la revisión de oficio en el caso, la Comisión distinguió entre los dos lotes del contrato:

Respecto al lote 1, concluyó que no era procedente la revisión de oficio, porque en cuanto que el TCC había declarado nula la adjudicación de este lote, el contrato también lo era, parcialmente, como consecuencia de la aplicación del artículo 42.1 LCSP, que establece la nulidad del contrato como consecuencia de la declaración de nulidad del acto de adjudicación cuando la declaración de nulidad sea firme:

“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

También lleva a esta conclusión el artículo 22.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre:

“En los términos previstos en el artículo 39.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el órgano competente podrá inadmitir la cuestión de nulidad cuando previamente se haya interpuesto recurso contra alguno de los actos recurribles de conformidad con el artículo 40.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aún en el caso de que el órgano de contratación o la entidad contratante hubieran formalizado el contrato con incumplimiento del plazo de espera previsto en el artículo 156.3 o de la suspensión automática o de la acordada por el órgano competente para resolver el recurso.

En tales casos, la estimación del recurso comportará la nulidad del contrato formalizado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1 del texto refundido mencionado, con los efectos que en el mismo precepto se prevén”.

Respecto al lote 2 del contrato, la Comisión consideró procedente la revisión de oficio de la formalización del contrato con base en la siguiente argumentación:

“També s’ha indicat que el TCC, per motius procedimentals, no s’ha pronunciat sobre la validesa de l’adjudicació del lot 2, la qual, amb la resolució del recurs, en què s’aixeca la suspensió automàtica de l’adjudicació (art. 57.3 de l’LCSP), n’ha recuperat l’eficàcia.

Per tant, havent constatat que el contracte es va formalitzar infringint la suspensió automàtica del procediment que preceptua l’article 53 de l’LCSP, aquesta Comissió considera que és procedent que l’òrgan de contractació declari la nul·litat parcial de la formalització del contracte respecte al lot 2, perquè incorre en la causa de nul·litat de l’article 39.2.e) de l’LCSP. Com ja s’ha advertit, la declaració de nul·litat parcial de la formalització del contracte té com a conseqüència, en virtut de l’article 39.2 de l’LCSP, la nul·litat, també parcial, del contracte respecte al lot 2. En relació amb la validesa dels actes anteriors a la formalització, cal tenir en compte el que disposa l’article 51 de l’LPAC –conservació d’actes i tràmits–:

‘L’òrgan que declari la nul·litat o anul·li les actuacions ha de disposar sempre la conservació d’aquells actes i tràmits el contingut dels quals s’hauria mantingut igual si no s’hagués comès la infracció.’

Del precepte transcrit es deriva que, en aquest cas, l'òrgan de contractació ha de disposar la conservació de l'adjudicació del lot 2 i dels seus actes preparatoris, perquè el seu contingut no resulta afectat per la infracció de l'article 39.2.e) de la LCSP.

No obstant això, aquesta Comissió constata que el TCC no s'ha pronunciat sobre la validesa de l'adjudicació de lot 2 per motius estrictament procedimentals i que la raó per la qual l'adjudicació de lot 1 és nul·la segons el TCC –falta d'habilitació empresarial o professional quan sigui exigible per a la realització de l'activitat o prestació objecte del contracte– resultaria aplicable també en el cas de l'adjudicació del lot 2. En tot cas, això hauria de ser objecte d'un nou procediment de revisió d'ofici.

La conclusió final del Dictamen és que només és procedent la revisió d'ofici de la formalització del contracte respecte al lot 2, que porta aparellada la nul·litat parcial del contracte respecte al lot 2”.

Los dos supuestos analizados, en los que ha sido la propia Administración quien ha iniciado un procedimiento de revisión de oficio cuando ha advertido haber formalizado un contrato vulnerando la suspensión automática derivada de la interposición de un recurso especial ante el TARC, ponen en evidencia las debilidades de este mecanismo, tanto desde una perspectiva dogmática como desde una perspectiva práctica.

5.2. Aspectos problemáticos desde una perspectiva dogmática

Las causas especiales de nulidad, entre las que se encuentra la prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP, incorporadas ahora junto a los demás supuestos de invalidez de los contratos, pretenden reforzar la eficacia de las resoluciones de los TARC. Se pretende que, durante la tramitación de un recurso especial derivada de la impugnación de una adjudicación que supuestamente no ha respetado las reglas de publicidad y libre concurrencia previstas en las directivas, esta no llegue a desplegar efectos. La cuestión que se plantea es si la nulidad de la formalización del contrato que no respeta la suspensión automática o acordada por un TARC sirve efectivamente a esa finalidad, y si puede adoptarse por la propia Administración vía revisión de oficio.

5.2.1. El objeto de la revisión

La revisión de oficio está prevista con carácter general en la LPAC para declarar la nulidad de actos administrativos. En la legislación de contratos, ade-

más, se reconoce expresamente la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos (art. 41.1 LCSP) con el objeto de extender su aplicación no solo a los actos de las Administraciones públicas, sino también a los actos de los poderes adjudicadores que no poseen esta consideración (art. 41.2 LCSP)²⁸. El objeto de revisión es siempre, de acuerdo con la legislación general de procedimiento administrativo, un acto unilateral (administrativo o normativo). Aunque la declaración de nulidad recae sobre el acto preparatorio o el acto de adjudicación, en nuestro ordenamiento jurídico, los efectos de la declaración de nulidad se extienden al contrato en los términos previstos por el artículo 42.1 de la LCSP²⁹.

Así pues, se constata, por un lado, que el efecto buscado por el artículo 39.2.e) de la LCSP se alcanza igualmente con la extensión de los efectos de la nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación regulada en el artículo 42.1 de la LCSP, y, por otro lado, que la revisión de oficio no está pensada para actos bilaterales, que requieran un acuerdo de voluntades.

La formalización del contrato constituye la manifestación por excelencia de un acto bilateral. Solamente considerando, desde una interpretación ciertamente forzada de la distinción entre actos unilaterales y bilaterales, que es posible diferenciar un acto de formalización que exprese la voluntad de cada una de las partes por separado, podría interpretarse que el objeto de la revisión es el acto de formalización adoptado por la Administración, encontrándose así un encaje entre la causa de nulidad regulada en el artículo 39.2.e) de la LCSP y la revisión de oficio. Superado este obstáculo, lo cierto es que el artículo 41.1 de la LCSP, referido a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación, no excluye que puedan revisarse otros actos. En cualquier caso, la revisión de oficio de la formalización del contrato cumple la finalidad perseguida por el legislador, que ha calificado como nulo de pleno derecho el contrato formalizado indebidamente con infracción de la suspensión automática.

28. De acuerdo con el art. 41.2 LCSP: "A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior".

29. Según el art. 42.1. LCSP: "La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido".

En este sentido se pronuncia la Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 115/2021:

“A més, com que la revisió d'ofici és un procediment previst per a declarar nuls els actes unilaterals de l'Administració que presenten vicis especialment greus, però, en cap cas, els contractes, cal reafirmar que l'únic acte que pot ser objecte de revisió, quan s'invoquen les causes de l'article 39.2 de l'LCSP que afecten la formalització del contracte, és l'acte de formalització adoptat per l'Administració, el qual, en cas d'incórrer en el supòsit de l'article 39.2.e), porta aparellada la nul·litat de ple dret del contracte, d'acord amb el que preceptua l'article 39.2: 'Són igualment nuls de ple dret els contractes subscrits per poders adjudicadors en els quals concorri alguna de les causes següents: [...].'

Aquesta interpretació encaixa en la literalitat de l'article 41.1 de l'LCSP, perquè aquest precepte, en admetre la revisió d'ofici dels actes preparatoris i dels actes d'adjudicació dels contractes, no porta necessàriament a considerar que els actes que esmenta són els únics revisables. De fet, l'article 42 de l'LCSP, quan regula els efectes de la declaració de nul·litat, es refereix a la nul·litat dels actes no preparatoris del contracte, expressió que inclou els actes d'execució del contracte.

A més, admetre la revisió d'ofici de l'acte de formalització del contracte compleix, en tot cas, la finalitat perseguida pel legislador, que ha qualificat com a nul de ple dret el contracte formalitzat indegudament amb infracció de la suspensió automàtica del procediment de contractació”.

Esta vinculación entre la nulidad del contrato, por haberse formalizado infringiendo el plazo de suspensión automática, y la eficacia del recurso especial contra el acto de adjudicación, también está presente en el Acuerdo 2/2015, de 8 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

“[...] Cuestión distinta sería de darse el supuesto de formalización indebida cuando ya se ha interpuesto el recurso especial sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación, en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido. En este caso, para garantizar el efecto útil del recurso especial y evitar actuaciones en fraude a su operatividad, la declaración de nulidad del contrato indebidamente formalizado deviene ineludible; aunque el TRLCSP prevé que tal nulidad puede con-

llevar únicamente la imposición de sanciones alternativas, sin que estas infracciones graves del Derecho de la Unión Europea tengan necesariamente que afectar al contrato perfeccionado”³⁰.

El Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se había pronunciado en términos similares al resolver un recurso especial contra el acto de adjudicación de un contrato que ya se había formalizado:

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

La falta de adecuación de la causa de nulidad regulada en el artículo 39.2.e) de la LCSP al objeto propio de la revisión de oficio no es, sin embargo, el único problema dogmático que se plantea en este caso. También la relevancia del vicio es problemática en términos dogmáticos.

5.2.2. La causa de nulidad invocada

La revisión de oficio está pensada para causas de nulidad radical, para infracciones especialmente graves del ordenamiento. En este caso la nulidad atañe a un vicio meramente formal. Además, a diferencia de la regulación prevista en la Directiva de Contratos, esta causa no se vincula a la existencia de una causa de nulidad que afecte a la adjudicación³¹.

30. Citan este acuerdo la Resolución 1158/2018, de 17 de diciembre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Resolución 13/2016, de 25 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

31. El considerando 18 de la Directiva 2007/66 aclara: “Los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato”. Sobre esta cuestión, Gallego Córcoles (2011: 288).

Se constata, por tanto, que la Directiva 2007/66/CE no pretendía que los Estados miembros configuraran la formalización anticipada del contrato como una causa de nulidad independiente de la nulidad de la adjudicación, sino como una garantía de su eficacia³². Nótese que estaba previsto que fuera el propio órgano competente para decidir sobre el recurso contra el acto de adjudicación el que declarara la ineficacia de la formalización, o que esta se derivara de su decisión sobre la invalidez del acto de adjudicación del contrato.

Se advierte, de acuerdo con las resoluciones de tribunales de contratación dictadas sobre la causa de nulidad objeto de este trabajo, que los TARC consideran que la desestimación del recurso especial contra la adjudicación del contrato deja sin efecto la (antigua) cuestión de nulidad, o motiva la inadmisión del recurso especial contra la formalización del contrato:

De acuerdo con la Resolución 170/2012, de 3 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dictada bajo la vigencia del TRLCSP:

“Pues bien, sin perjuicio de que deba declararse que del TRLCSP no resulta ninguna causa que justifique que el órgano de contratación no respete el efecto suspensivo que la interposición del recurso especial contra la resolución de adjudicación produce o no espere a que este Tribunal se pronuncie sobre el mantenimiento de dicha suspensión, la presente cuestión de nulidad ha quedado sin objeto como consecuencia de la resolución dictada en el recurso especial 152/2012 formulado contra la resolución de adjudicación del Lote 1 del expediente de contratación de los ‘servicios de vigilancia y servicios auxiliares’ en las instalaciones de Torrejón de Ardoz (expediente 500082016200), en la que se ha desestimado el mismo, confirmando en todos sus extremos el acto impugnado y dejando sin efecto la suspensión producida de conformidad al artículo 45 del TRLCSP, por lo que procede desestimar la cuestión de nulidad planteada por haber quedado sin objeto”.

Asimismo, según la Resolución 26/2020, de 29 de enero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público:

“3. En los términos previstos en el artículo 39.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el órgano competente podrá inad-

32. Como señala Martínez López-Muñiz (2011: 341): “Cuatro de los cinco supuestos especiales de nulidad del nuevo artículo 37, aplicables a los contratos de regulación armonizada, se refieren vicios de la adjudicación, y el quinto se justifica asimismo en la eficacia de su control de legalidad”.

mitir la cuestión de nulidad cuando previamente se haya interpuesto recurso contra alguno de los actos recurribles de conformidad con el artículo 40.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aún en el caso de que el órgano de contratación o la entidad contratante hubieran formalizado el contrato con incumplimiento del plazo de espera previsto en el artículo 156.3 o de la suspensión automática o de la acordada por el órgano competente para resolver el recurso.

En tales casos, la estimación del recurso comportará la nulidad del contrato formalizado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1 del texto refundido mencionado, con los efectos que en el mismo precepto se prevén [...]”.

En la configuración prevista por el legislador europeo esta causa de nulidad es, de acuerdo con la dogmática tradicional, un supuesto de anulabilidad que quedaría fuera del objeto de la revisión de oficio, que únicamente resulta procedente en supuestos de nulidad de pleno derecho.

5.3. Aspectos problemáticos desde una perspectiva práctica

Junto a las dificultades dogmáticas de encajar la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP en el procedimiento de revisión de oficio, cabe preguntarse sobre su procedencia, ponderando las ventajas que pueda suponer en aras de garantizar la eficacia de las resoluciones de los TARC con los inconvenientes que puedan derivarse de su aplicación, en el caso en que se declare la nulidad de un contrato por esta causa sin que concurra una causa sustantiva de nulidad de la adjudicación.

5.3.1. El perjuicio para el interés público derivado de un exceso de formalismo

La desvinculación entre la declaración de nulidad por la formalización extemporánea del contrato y la eventual nulidad por razones de fondo, vinculadas a una licitación o una adjudicación que contravenga el derecho de la Unión Europea, parece contraria al interés público inherente en el mantenimiento de las prestaciones propias del contrato. Esto es, de aplicarse de forma automática la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP, puede ocurrir que el órgano de contratación declare la nulidad del contrato por una formalización que no ha respetado el plazo de suspensión del recurso especial, y que el TARC resuelva el recurso considerando

que no se han incumplido los principios de publicidad y libre concurrencia. Parecería más razonable, como ha señalado la doctrina (Gallego Córcoles, 2011: 270; Díez Sastre, 2012: 208), que se hubiese optado por sancionar con la nulidad únicamente los casos en que se infringen también normas sustantivas, siguiendo estrictamente con lo previsto en la Directiva de Recursos, y, en el supuesto de vulneración meramente formal, imponer otro tipo de sanciones.

5.3.2. La falta de equivalencia entre la invalidez y la ineficacia del contrato

En esta línea de reflexiones es necesario recordar, como señaló tempranamente Santamaría Pastor (1975: 73), que ni en el derecho positivo ni en la práctica existe una relación de causalidad entre invalidez e ineficacia. La doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de actos inválidos que, a pesar de ello, producen efectos jurídicos (Cano Campos, 2004). En el ámbito de la contratación pública, como acertadamente ha señalado Díez Sastre (2018b: 74), el legislador admite explícitamente el mantenimiento de los efectos de un contrato nulo cuando se pudiera producir un grave trastorno al servicio público³³. Incluso al margen de este supuesto, en la práctica, un acto inválido puede seguir desplegando efectos, como de hecho ocurre hasta que se declara formalmente su nulidad. Y esta declaración formal no depende únicamente de la concurrencia de las causas legalmente previstas, sino también de otras circunstancias, susceptibles de activar la aplicación de los límites de la revisión de oficio regulados en el artículo 110 de la LPAC (Menéndez Sebastián, 2020: 47).

En el ámbito dogmático la validez es un concepto susceptible de aplicación dicotómica, en la medida en que, de acuerdo con la norma de juicio de validez, un acto únicamente puede ser válido o no serlo (Díez Sastre, 2018c: 118). Sin embargo, la eficacia formal, entendida como la aptitud o potencia de surtir efectos, es un concepto que exige un juicio de ponderación (Rodríguez de Santiago, 2016: 26). A su vez, la eficacia formal debe distinguirse de la eficacia material, que es una noción que equivale a la efectividad o al surtimiento de los fines o efectos deseados (Vaquer Caballería, 2011: 102). El legislador europeo pretende que los contratos adjudicados vulnerando las directivas de contratación no surtan efectos, y eso, como se acaba de in-

33. En concreto, el art. 42.3 de la LCSP establece: "Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio". Sobre ello, Moreno Molina (2010c: 161).

dicar, no se consigue de forma inmediata con la causa de nulidad analizada en este trabajo.

En el caso que nos ocupa, la eventual declaración de nulidad de un contrato perfeccionado no impide, *de facto*, que el mismo haya venido produciendo efectos desde su formalización. De modo que, a pesar de que se haya articulado una causa específica de nulidad vinculada a la formalización del contrato, el fin buscado por el legislador europeo —que el contrato no despliegue ningún efecto— no se habría logrado.

Los efectos de la declaración de nulidad de la formalización del contrato serán los establecidos en el artículo 35.1 LCSP, es decir, los mismos que para los supuestos previstos en el régimen general. El contrato entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. En todo caso, si el contrato ya ha sido ejecutado, la declaración de nulidad del contrato no aporta nada a la declaración de nulidad de la adjudicación.

6. Conclusiones

La incorporación de la formalización indebida del contrato, vulnerando la suspensión derivada de la interposición de un recurso especial ante un TARC, como una causa especial de nulidad de los contratos, pone de relieve algunas contradicciones sistemáticas, conceptuales y estructurales de la LCSP.

Como se ha señalado, existe una contradicción sistemática entre la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP y los procedimientos para su declaración. La falta de previsión de esta causa entre los actos y acuerdos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación plantea serias dudas. Esta situación abre la puerta, aparentemente, a una eventual declaración de nulidad del contrato mediante el procedimiento de revisión de oficio, a pesar de que dicho procedimiento está pensado únicamente para actos administrativos y para causas de nulidad de pleno derecho —no para un acto bilateral como es la formalización del contrato, ni para una causa de escasa entidad material como es la formalización extemporánea—.

Se constata también que la legislación de contratos arrastra una contradicción conceptual que lleva a confundir la eficacia o ineficacia material

del derecho de la Unión Europea, derivada de la obligación de cumplir el derecho de la UE y de ejecutar las sentencias del TJUE, con la eficacia o ineficacia formal de los contratos.

Las inconsistencias y contradicciones mencionadas derivan en suma de una contradicción estructural entre un derecho administrativo de corte tradicional —que da primacía al interés público que subyace en el mantenimiento de un contrato y que se basa en la confianza en la Administración— y un derecho administrativo de nuevo cuño, fuertemente europeizado —que pretende proteger la libre competencia por encima de cualquier otro tipo de consideraciones y que se articula en torno a la desconfianza en la Administración—.

En el caso que nos ocupa, el legislador europeo no cesa en su empeño de garantizar la eficacia material de los procedimientos de recurso, con el fin último de garantizar el respeto por la igualdad, la transparencia y la libre concurrencia, que están en la base de las directivas de contratación. Las directivas de recursos, partiendo de una desconfianza estructural en la Administración pública, han acabado imponiendo la sustitución de los recursos ordinarios por un recurso especial en el ámbito de la contratación, caracterizado por que su resolución corresponde a un órgano independiente, que tiene los rasgos propios de un órgano jurisdiccional, de acuerdo con el derecho de la Unión Europea.

El resultado de todo ello ha sido, como ya concluyó en su día Santa María Pastor (2016: 101), el desarrollo de un ordenamiento sectorial cada vez más abigarrado y confuso, con el que no se ha conseguido el objetivo último perseguido, que es la creación de un mercado europeo de la contratación pública, y que, en cambio, ha logrado colapsar la contratación pública, por lo menos en el ámbito de las Administraciones locales, que son las que disponen de menos recursos materiales y personales.

7. Bibliografía

- Arévalo Gutiérrez, A. (2017). La revisión de los actos administrativos en materia de contratación: el recurso especial. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 37, 39-88.
- Baño León, J. M.^a (2004). El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (pp. 329-363). Madrid: Civitas.
- Bernal Blay, M. Á. (2005). Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de

- 2005, As. C-84/03 (*Comisión vs. Reino de España*), y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo. *Revista de Administración Pública*, 168, 167-185.
- (2010). Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 100, 31-44.
 - (2011). Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas. *Cuadernos de Derecho Local*, 26, 7-26.
- Cano Campos, T. (2004). *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Cid Villagrasa, B. (2010). Las modificaciones en el régimen de invalidez de los contratos del Sector Público tras la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 23, 101-148.
- Darnaculleta Gardella, M. M. (2021). Rasgos del derecho administrativo contemporáneo. En J. M.^a Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez (coords.). *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I* (pp. 377- 441). Madrid: Marcial Pons.
- De la Sierra Morón, S. (2004). Las “medidas cautelares” en la contratación pública. *Revista de Administración Pública*, 164, 211-230.
- Díez Sastre, S. (2011). El recurso especial en materia de contratación pública. *Anuario de Derecho Municipal*, 5, 127-162.
- (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
 - (2017). Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En F. López Ramon y F. Villar Rojas (coords.). *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (pp. 273-318). Madrid: INAP.
 - (2018a). La invalidez de los contratos públicos. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 571-597). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
 - (2018b). Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, 5, 69-92.
 - (2018c). *La formación de conceptos en el derecho público*. Madrid: Marcial Pons.
- Font i Llovet, T. (2019). La revisión de oficio y la función consultiva en el 40º aniversario del restablecimiento de la Comisión Jurídica Asesora. *Revista española de la función consultiva*, 30-31, 195-205.

- Franch i Saguer, M. (2021). Régimen jurídico y efectos de la declaratoria de invalidez de los contratos públicos en España. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 25, 175-212.
- Galán Galán, A. (2019). Problemas pendientes de la revisión de oficio a la luz de la doctrina de los órganos consultivos. *Revista española de la función consultiva*, 30-31, 109-158.
- Gallego Córcoles, I. (2011). Contratos públicos y régimen “cualificado” de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Observatorio de contratos públicos 2010* (pp. 259-319). Cizur Menor: Civitas, Thomson-Reuters.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (2004). Medidas provisionales. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (pp. 317-327). Madrid: Civitas.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (1995). *El control de la contratación pública*. Madrid: Civitas.
- (2011). El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Observatorio de contratos públicos 2010* (pp. 211-258). Cizur Menor: Civitas - Thomson-Reuters.
 - (2013). 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*, 47, 87-102.
 - (2018). La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico eficiente y transparente. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 47-132). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
 - (2021). El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro. *Ius et Veritas*, 62, 111-130.
- Liñeira Piñeiro, J. (2011). Cuestión de nulidade na lei de contratos do sector público. *Revista da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia REXUGA*, 6, 13-24.
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2011). El nacimiento de los contratos públicos: Reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria de recursos. *Revista de Administración Pública*, 185, 323-343.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La necesaria y difícil limitación a la potestad de revisión de la Administración pública. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 22, 47-90.
- Mestre Delgado, J. F. (1991). El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares. *Noticias CEE*, 74, 35-40.

- Moreno Molina, J. A. (2008). La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 10, 49-86.
- (2010a). La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. *Revista General de Derecho Administrativo*, 25.
 - (2010b). Los nuevos supuestos especiales de nulidad de los contratos introducidos en la LCSP por la Ley 34/2010. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 103, 35-42.
 - (2010c). *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*. Getafe: La Ley.
- Noguera de la Muela, B. (2009). 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*, 298, 95-111.
- Pulido Quecedo, M. (2010). Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual. *Revista Documentación Administrativa*, 288, 65-97.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2010). 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*, 25.
- Razquin Lizarraga, M. M.^a (2015). Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transposición en España. *Revista de Administración Pública*, 196, 97-135.
- Rodríguez de Santiago, J. M.^a (2016). *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Santamaría Pastor, J. A. (1975). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*. Madrid: IEA.
- (2004). La invalidez de los contratos públicos. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
 - (2015). *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
 - (2016). Contratos del sector público y derecho de la Unión Europea. *Revista de Administración Pública*, 200, 83-102.

- Tornos Mas, J. (2011). Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público. En J. M. de la Cuétara Martínez, J. L. Martínez López-Muñiz y F. J. Villar Rojas (coords.). *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz* (pp. 805-826). Madrid: La Ley.
- Valcárcel Fernández, P. (2016). 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. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016* (pp. 233-290). Madrid: INAP.
- (2020). La especialización o la profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español. En E. Díaz Bravo y J. A. Moreno Molina (dirs.). *Contratación pública global: Visiones comparadas* (pp. 587-615). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vaquer Caballería, M. (2011). El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 186, 91-135.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Administración Local y Autonómica*, 18, 119-136.

CAPÍTULO X

Estudio comparado de los tribunales económico-administrativos

Francisco José Cañal García

Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario.

Letrado del Tribunal Supremo

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El origen de los tribunales económico-administrativos (TEA). 3. El actual papel de los TEA en el sistema de justicia tributaria. 4. La naturaleza de los TEA, en particular su función jurisdiccional. 5. Disfunciones por la posible disparidad entre criterios administrativos y judiciales. 6. Necesidad de agotamiento de la vía administrativa o recurso *per saltum*. 7. Debate sobre la conveniencia de los TEA y su actual configuración. Propuestas. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Tiene una gran tradición en nuestro ordenamiento la existencia de unos órganos específicos para la revisión de los actos administrativos sobre la aplicación de los tributos y la imposición de sanciones tributarias, al margen de algunos otros supuestos de revisión establecidos normativamente. Dichos órganos son el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante TEAC) y los tribunales económico-administrativos regionales (en adelante TEAR), locales (en adelante TEAL) y municipales (en adelante TEAM).

Conviene inicialmente disipar una posible perplejidad. La legislación distingue entre los tribunales económico-administrativos locales y municipales, porque durante largo tiempo no existieron los llamados TEAM; solo existían dos tribunales locales, los correspondientes a Ceuta y Melilla. Posteriormente, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (BOE de 17/12/2003) reconoció la posibilidad de

implantar una figura similar en el ámbito local, adoptando en este caso la denominación habitual de TEAM, manteniéndose la denominación de TEAL para los correspondientes a las citadas ciudades autónomas.

El objetivo de la inclusión en esta obra de un apartado sobre los TEA es el de tomarlos como punto de referencia o comparación con los tribunales administrativos de recursos contractuales. En función de esta finalidad se repasarán aquí algunas cuestiones más relevantes de la problemática jurídica que presentan los TEA, expuestas en el orden que figura en el sumario.

2. El origen de los tribunales económico-administrativos (TEA)

En la configuración de la impugnación de actos administrativos son posibles dos modelos alternativos:

- Por un lado, un sistema de revisión a cargo de órganos administrativos, es decir, llevado a cabo por la propia Administración. Este es el llamado sistema de revisión gubernativa o de justicia retenida. El máximo exponente de estos órganos revisores, en derecho comparado, es el Consejo de Estado francés.
- Por otro lado, un sistema de revisión a cargo de órganos del poder judicial. En este caso la impugnación se realiza ante jueces y tribunales. Este sistema es llamado de justicia delegada¹.

En España, en el orden administrativo, llegó un momento en el que se impuso el sistema de revisión en vía judicial (justicia delegada), aunque hasta ese momento —durante el siglo XIX— había habido alternancia de ambos sistemas.

Dentro del ámbito judicial, la revisión de actos tributarios se fue configurando como una jurisdicción especial —llamada económico-administrativa—, y las resoluciones de sus tribunales eran revisables en casación ante el Tribunal Supremo. Posteriormente, esta jurisdicción especial fue adoptando una forma de vía administrativa. A la par, se fue ensanchando la revisión de sus resoluciones por órganos propiamente judiciales: no solo podía llevarla a cabo el Tribunal Supremo en la casación, sino que adquirieron competencias las audiencias territoriales (hoy tribunales superiores de justicia) y la Audiencia Nacional.

Así, en el sistema actual de recursos contra actos tributarios coexisten ambas modalidades de revisión de forma sucesiva: en primer lugar, actúa

1. Ambos calificativos del ejercicio de la justicia, retenida y delegada, están tan asentados que se recogen en el Diccionario de la Real Academia Española, en la entrada "jurisdicción".

la llamada revisión de jurisdicción retenida, económico-administrativa (revisión en vía administrativa), y después la revisión de jurisdicción delegada, contencioso-administrativa (revisión en vía judicial)².

3. El actual papel de los TEA en el sistema de justicia tributaria

En resumen, actualmente la revisión de actos administrativos se realiza, en primer lugar, por parte de la propia Administración, en la llamada vía administrativa o económico-administrativa. Si resulta necesario continuar la revisión, se hace posteriormente por los órganos judiciales en la llamada vía judicial.

Pero es lugar de común encuentro para la doctrina tributaria la crítica al actual sistema de revisión de actos tributarios. Lejos de considerarla una forma óptima de revisar los actos de aplicación de los tributos, los académicos han expuesto profusamente que el sistema adolece de disfunciones y provoca perjuicios tanto para la Administración como para los administrados³.

La revisión de actos tributarios en la vía administrativa tiene peculiaridades con respecto a la revisión administrativa general, lo cual influye también en la actuación de la posterior vía judicial. Así, una de las peculiaridades es la existencia de un procedimiento específico en el ámbito administrativo, la reclamación económico-administrativa. Para su resolución son competentes unos órganos administrativos creados al efecto: los antes mencionados tribunales económico-administrativos (TEA). En estos dos elementos se aparta la revisión de actos tributarios de la revisión del resto de actos administrativos.

En este sentido señala el artículo 213 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en lo sucesivo LGT) sobre medios de revisión:

“Los actos y actuaciones de aplicación de los tributos y los actos de imposición de sanciones tributarias podrán revisarse, conforme a lo establecido en los capítulos siguientes, mediante:

2. Una historia de la evolución de la revisión administrativa en general y tributaria en particular puede verse en Rozas (2020). Concluye este autor: “Constituye, así, la revisión de los actos de naturaleza tributaria una excepcionalidad en la estructura de la justicia administrativa española que, para otros ámbitos y con carácter general, está concentrada en la llamada jurisdicción contencioso-administrativa” (p. 40).

3. “[...] el modelo español de resolución de controversias tributarias presenta carencias estructurales notorias que condicionan de forma evidente el derecho del contribuyente al justo proceso, a la tutela judicial efectiva”. Véase Rozas (2020: 38). Además, pueden citarse también como obras significativas en este sentido y que abordan la problemática desde perspectivas diferentes: Ferreiro Lapatzta (2005) y Lago Montero (2018).

- a) Los procedimientos especiales de revisión.
- b) El recurso de reposición.
- c) Las reclamaciones económico-administrativas”.

A diferencia de las reclamaciones económico-administrativas, los recursos especiales y el recurso de reposición se rigen por normas iguales a la revisión administrativa general, en cuanto a los procedimientos y órganos competentes para la resolución.

4. La naturaleza de los TEA, en particular su función jurisdiccional

Para determinar qué son los TEA cabe plantear inicialmente la cuestión de si tienen carácter de órganos jurisdiccionales. La Constitución Española, en el artículo 117.3 —dentro del Título VI: “Del Poder Judicial”—, reserva el ejercicio de esta potestad exclusivamente a juzgados y tribunales⁴. Por tanto, se deriva de aquí el criterio de que solo pueden juzgar los órganos que están integrados en el poder judicial. Si tuviéramos en cuenta solo una primera impresión, podría obtenerse una respuesta afirmativa en cuanto al carácter jurisdiccional de los TEA, pues estos órganos reciben la denominación de tribunales, que parece reservada a los órganos colegiados de impartición de justicia incardinados en el poder judicial. Pero, yendo un poco más allá, esta cuestión de la naturaleza de los TEA puede examinarse, al menos, desde dos perspectivas: una orgánica y otra funcional.

Desde el punto de vista orgánico, podría reconocerse a los TEA el carácter de órgano jurisdiccional si se integrasen en el poder judicial. Pero no es esto lo que establece nuestro ordenamiento sobre la incardinación orgánica de los TEA. El Real Decreto 682/2021, de 3 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública, establece en su artículo 7.1: “Dependerán de la Secretaría de Estado de Hacienda, el Tribunal Económico-Administrativo Central y, a través de éste, los Tribunales Económico-Administrativos regionales y locales, sin perjuicio de su independencia funcional en la resolución de las reclamaciones económico-administrativas”. Esta característica también está recogida en el artículo 228 LGT, que establece que los TEA actuarán con independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Por tanto, los TEA tienen independencia, pero solo funcional, no orgánica.

4. “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

La perspectiva funcional nos lleva a examinar si los TEA ejercen materialmente una actividad jurisdiccional. Para dictaminarlo se ha de partir del significado del término jurisdicción. Ciertamente esta es una palabra polisémica, pero es útil aquí tomar el significado de competencia que tiene un órgano para decidir una cuestión litigiosa según normas jurídicas. En este sentido no hay dificultad para admitir que los TEA desarrollan función jurisdiccional. Esta conclusión puede parecer contradictoria con lo establecido en el mencionado artículo 117.3 de la Constitución Española; pero la afirmación constitucional aparece matizada en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985; en adelante LOPJ). Su artículo 2.1 prevé: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales”. Si bien, a continuación, el artículo 3.1 establece: “La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”.

Pero el eventual carácter de órganos jurisdiccionales de los TEA ha de examinarse también desde el punto de vista del derecho de la Unión Europea. En el ámbito del derecho interno no presenta especial problema el reconocimiento de su función jurisdiccional —como se acaba de exponer—, pues la LOPJ reconoce que pueden ejercer jurisdicción órganos que se encuentran fuera del poder judicial. Ahora bien, si se tiene en cuenta el derecho de la Unión Europea, se ha de advertir que este otorga a los órganos jurisdiccionales la competencia de plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) cuestión prejudicial sobre la interpretación de los tratados, cuando alguno de sus preceptos sea relevante para la resolución de un asunto sobre el que estén conociendo⁵. En este caso, como ha apuntado el Tribunal Supremo: “Lo que está en juego es aclarar su responsabilidad a la hora de garantizar la correcta aplicación del Derecho de la Unión y, por extensión, los derechos que este ordenamiento reconoce a los ciudadanos”⁶.

5. El artículo 267 TFUE (antiguo artículo 234 TCE) dice:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

6. Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (STS) 4371/2021, de 16 de noviembre de 2021 (n.º de recurso: 2871/2020), FD 2.º *in fine*.

Para saber si los TEA tienen carácter de órganos jurisdiccionales, desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea, se ha de atender a las normas comunitarias que han perfilado qué órganos de los diferentes Estados pueden recibir ese calificativo, pues se requiere que sea un órgano jurisdiccional quien plantee una cuestión prejudicial. ¿Son órganos jurisdiccionales los TEA a la luz del derecho europeo?

En este punto, sobre los tribunales económico-administrativos, se ha producido una evolución en las resoluciones del TJUE. La sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros (C-110/98 a C-147/98, EU:C:2000:145), estableció la doctrina de que los TEA tenían el requerido carácter jurisdiccional, pero esa doctrina fue rectificada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/14.

La sentencia Gabalfrisa había afirmado que los órganos económico-administrativos tienen la independencia necesaria para poder ser considerados órganos jurisdiccionales, en el sentido del artículo 267 TFUE. Lo admitía por “la separación funcional entre los servicios de la Administración Tributaria responsables de la gestión, liquidación y recaudación” de los impuestos, por una parte, y, por otra, porque el órgano revisor resuelve “las reclamaciones presentadas contra las decisiones de dichos servicios sin recibir instrucción alguna de la Administración Tributaria” (apartado 39).

Posteriormente, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/14, revisó dichos criterios y declaró que no es posible que el TEAC plantee una cuestión prejudicial porque, por su falta de independencia, no puede calificarse de “órgano jurisdiccional” a efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Con recopilación de criterios emanados en otros pronunciamientos, argumenta lo siguiente para apreciar la independencia de los órganos judiciales:

- La independencia resulta esencial en el mecanismo de remisión prejudicial (sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 43).

- La independencia implica no estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación (*idem* 44).

- La inamovilidad de los miembros del órgano constituye una garantía inherente a la independencia judicial (sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 51, y sentencia Associação Sindical dos Juizes Portugueses, apartado 45) y solo admite excepciones por motivos legítimos, imperiosos y proporcionales.

- La independencia conlleva la imparcialidad del órgano, cuyo único interés ha de ser el de la estricta aplicación de la norma jurídica (sentencia de 16 de febrero de 2017, Margarit Panicello, C-503/15).
- El órgano que juzga ha de tener la calidad de tercero con respecto a la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida (sentencia de 30 de marzo de 1993, Corbiau, C-24/92, apartado 15, y sentencia TDC, apartado 29).
- La independencia y la imparcialidad han de estar garantizadas por reglas sobre la composición del órgano, el nombramiento, la duración del mandato y las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros (sentencia TDC, apartado 32).

En resumen, el Tribunal de Justicia cuestiona la independencia (especialmente la inamovilidad) y la imparcialidad de los miembros de los TEA. Hasta el punto de que llega a afirmar: “Un sistema de esta índole no tiene entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros de los TEA” (apartado 68 de la sentencia Banco de Santander, C-274/14), por lo que concluye: “Por lo tanto, el TEAC no cumple con la exigencia de independencia, en su aspecto interno, que caracteriza a los órganos jurisdiccionales” (apartado 77, sentencia Banco de Santander, C-274/14)⁷.

Como recoge la sentencia del Tribunal Supremo 1336/2021, Sala de lo Contencioso, de 16 de noviembre de 2021 (recurso 2871/2020): “Los órganos económico-administrativos no pueden plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aunque el TFUE no define lo que es ‘órgano jurisdiccional’ en el sentido de su artículo 267, dicho concepto depende únicamente del Derecho de la Unión, a cuyo efecto, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de circunstancias, como el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia (sentencias del Tribunal de Justicia Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, y Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08, EU:C:2009:767)”.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Supremo español ha hecho una severa crítica al ordenamiento positivo, que no se ha reformado a

7. “[...] a juicio del tribunal, lo económico-administrativo no cumple ‘con la exigencia de independencia, en su aspecto interno, que caracteriza a los órganos jurisdiccionales’ (§77), básicamente por dos razones: a) En primer lugar, el sistema de nombramiento de sus componentes no está sujeto a garantías especiales y ‘un sistema de esta índole no tiene entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las presiones indebidas por parte del poder ejecutivo’ (§69); y b) La composición de la Sala especial para resolver los recursos extraordinarios de unificación de doctrina (art. 243 LGT) evidencia una ‘confusión entre la condición de parte y la de miembro del órgano que ha de conocer el recurso’ (§74)”. Véase Rozas (2020: 53-54).

la luz del pronunciamiento del TJUE en la sentencia Banco de Santander, C-274/14. Así, la antes citada sentencia del Tribunal Supremo 1336/2021, Sala de lo Contencioso, de 16 de noviembre de 2021 (recurso 2871/2020), dice: “No alcanzamos a comprender la razón o razones por las que, formalmente, se sigue manteniendo en vigor la normativa que habilita a tales órganos económico-administrativos a plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, preceptos como el artículo 237.3 LGT y el artículo 58 bis del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, son ya anacrónicos y contrarios al Derecho de la Unión Europea, por lo que, remitiéndonos a los razonamientos del Tribunal de Justicia, los desplazamos e inaplicamos en este caso, porque se oponen frontalmente a la afirmación consignada a modo de rótulo del presente fundamento de derecho: que ‘los órganos económico-administrativos no pueden plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea’” (fundamento de derecho tercero, *in fine*).

Un resumen de los pronunciamientos del TJUE y de su evolución se encuentra también en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, Sala Segunda, de 3 de febrero de 2020, procedimiento 00-01655-2016:

“Es de señalar que, conforme a la interpretación que hacía el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea del concepto ‘órgano jurisdiccional’ (véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros, C-110/98 a C-147/98, EU:C:2000:145 apartado 39) a partir de la resolución de 29 de marzo de 1990, se estableció la doctrina de que a efectos del artículo 267 TFUE, el Tribunal Económico-Administrativo Central, es un ‘órgano jurisdiccional’ al reunir los cuatro requisitos exigidos por dicha jurisprudencia, esto es: a) origen legal, b) permanencia, c) jurisdicción obligatoria, y d) decisión en Derecho.

No obstante lo anterior, el TJUE, en su reciente sentencia de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, S. A., C-274/14, ha revisado su doctrina, habida cuenta, en particular, de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia relativa al criterio de independencia a que se atenderá cualquier organismo nacional para que pueda calificarse de ‘órgano jurisdiccional’ a efectos del artículo 267 TFUE, estableciendo que los Tribunales económico-administrativos no son ‘órganos jurisdiccionales’ a efectos del artículo 267 TFUE”.

5. Disfunciones por la posible disparidad entre criterios administrativos y judiciales

Para ejercer su función, los órganos de aplicación de tributos han de interpretar las normas jurídicas. Por su parte, la complejidad de la actividad administrativa da lugar a que existan distintos órganos competentes para llevar a cabo los respectivos procedimientos de aplicación de los tributos (gestión, inspección, recaudación). Además, un sistema de Administración descentralizada, como es el español, produce una multiplicación de los órganos que interpretan y aplican el ordenamiento, al replicarse los procedimientos en las Administraciones estatal, autonómica y local. Una circunstancia sobre la que cabe llamar la atención es la posibilidad de que, en correspondencia con la multiplicidad de órganos, se manifieste una disparidad de criterios en la interpretación y aplicación de las normas. Con respecto a esta situación, como se señala en el *Informe sobre los efectos del criterio de los TEAR en los órganos de aplicación de los tributos* (2022) del Consejo para la Defensa del Contribuyente, publicado en su página web, no está recogido con sustantividad propia el principio de unidad de criterio en la actuación de la Administración, pero cabe derivarlo de otros principios —como la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la protección de la confianza legítima, la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), la buena fe y la eficacia, eficiencia y coordinación administrativas—, y para la consecución de la unidad de criterio existen distintos instrumentos:

“Ciñéndonos al ámbito exclusivamente estatal, el articulado de la LGT contempla distintas herramientas para la consecución de la unidad de criterio interpretativo, como la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las normas que corresponde de forma exclusiva al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y a la Dirección General de Tributos -DGT- (art. 12.3 LGT); las contestaciones a consultas tributarias escritas a cargo de la DGT (arts. 88 y 89 LGT); la doctrina vinculante del Tribunal Económico-Administrativo Central -TEAC- (art. 239 LGT); el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio (art. 242 LGT) y el ya mencionado recurso extraordinario de alzada para unificación de doctrina (art. 243 LGT). Al margen de la LGT, no puede ignorarse que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público reconoce la posibilidad de los órganos administrativos de dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio (art. 6)”⁸.

8. Consejo para la Defensa del Contribuyente (2022: 2).

Aunque la relación anterior es amplia, aún pueden añadirse otros mecanismos que ayudan a la unidad del criterio administrativo, como la adopción y publicación de criterios de carácter general, no vinculantes, por distintas subdirecciones generales, y la suscripción de los códigos de buenas prácticas, firmados con diferentes colectivos en los foros de cooperación.

Así, para examinar solo las figuras con más trascendencia, se ha de subrayar la existencia de los criterios contenidos en las contestaciones a consultas vinculantes, evacuadas por la DGT, y su influencia, pues muchos contribuyentes adaptan el cumplimiento de sus obligaciones tributarias a estos criterios. Al margen de la anterior, también existe una doctrina administrativa, que es formada por el TEAC en sus resoluciones. Ahora bien, las normas jurídico-tributarias aplicadas por los órganos administrativos serán después interpretadas por los tribunales que conozcan de los recursos interpuestos contra los actos tributarios, con criterios que pueden variar con respecto a los administrativos.

Un problema que se deriva de todo el entramado de la actual configuración de los recursos administrativos y judiciales es la posibilidad de divergencia entre todos estos criterios interpretativos. Este problema se palía, pero no se resuelve totalmente, con las reglas de la vinculación de la doctrina y los criterios establecidos. Pero en la práctica se producen disfunciones como las que se exponen a continuación.

En su actuación, los órganos administrativos de aplicación de los tributos están obligados a seguir los criterios de la DGT. Pero puede ocurrir que estos criterios sean distintos de la doctrina emanada por el TEAC o de los criterios usados por los TEAR, si no hay doctrina del TEAC. En realidad, según el artículo 239.8 LGT, los criterios del TEAC vinculan a los TEAR; por su parte, los criterios de los TEAR vinculan al propio TEAR, pero no a los órganos de aplicación de los tributos: al respecto solo se establece que “las resoluciones y los actos de la Administración tributaria que se fundamenten en la doctrina establecida conforme a este precepto lo harán constar expresamente” (artículo 239.8 LGT). Se plantea entonces el problema de si el órgano administrativo ha de aplicar el criterio de la Dirección General, aunque se sepa que el acto será anulado en un recurso administrativo posterior.

No obstante, como se señala en el citado Informe (2022) del Consejo para la Defensa del Contribuyente, los órganos administrativos de aplicación de los tributos deberán seguir, en ciertas ocasiones, los criterios del TEAR de su territorio, en virtud “del principio de buena administración y garantía de los derechos de los obligados tributarios”. Este informe cita al Tribunal

Supremo, para el que el principio de buena administración implícito en la Constitución “no constituye una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene -debe tener- plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos” (STS de 15 de octubre de 2020, recurso de casación n.º 1652/2019, FJ 3.º).

En caso de divergencia entre el criterio del TEAR y el de la DGT, o bien si no existe criterio de la DGT y el órgano administrativo considera que el criterio del TEAR es gravemente dañoso, el Consejo para la Defensa del Contribuyente aconseja que el órgano administrativo proponga el planteamiento del recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio ante el TEAC.

También se presenta un problema similar en el ámbito de los TEAR, que en su actuación están vinculados por los criterios emanados en las resoluciones del TEAC (artículo 239.8 LGT). Paralelamente a lo dicho antes, los criterios del TEAC pueden diferir de los criterios interpretativos adoptados por los tribunales de justicia. En este caso a un TEAR se le plantea la disyuntiva de seguir el criterio del TEAC, que realmente le vincula, aunque pueda tener la certeza de que esa resolución será anulada posteriormente cuando se recurra ante un juzgado o tribunal de justicia, a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

Todo lo anterior se agrava en caso de que el Tribunal Supremo haya formado jurisprudencia sobre una cuestión, que es fuente complementaria del derecho. Si esta existe, vincula a todos los órganos mencionados, y no deben aplicarse los previos criterios administrativos que difieran de la doctrina jurisprudencial; aunque se constata a veces en la práctica que no siempre se procede así.

6. Necesidad de agotamiento de la vía administrativa o recurso *per saltum*

La actual ordenación del sistema de recursos contra actos tributarios da lugar, también, a que se presente alguna posible disfunción o perplejidad en cuanto a cuáles sean los recursos verdaderamente disponibles al alcance de los recurrentes en algunas situaciones. En concreto, este problema sale a la luz en los casos en que el motivo que la parte recurrente quiera alegar en el recurso sea la inconstitucionalidad de una norma aplicable o bien su contradicción con el derecho de la Unión Europea. Como ambas situaciones

son en realidad diferentes, pueden tratarse por separado, y como ilustración sirven sendas sentencias del Tribunal Supremo que las han abordado, respectivamente.

Dos premisas que se han de tener en cuenta para resolver ambas cuestiones son la del principio de legalidad y la necesidad del previo agotamiento de la vía administrativa para poder acudir al recurso judicial.

En cuanto al principio de legalidad, el artículo 103 de la Constitución preconiza el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho, por el cual la Administración no tiene potestad para negar la validez de las leyes y en su actuación debe ajustarse a los términos legales. Por su parte, el agotamiento de la vía administrativa deriva del carácter revisor que tienen los recursos contencioso-administrativos. Al respecto, dispone el artículo 25.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: “El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, [...]”.

Siendo así las cosas, si un obligado tributario tenía la pretensión de que se le reconociese la inconstitucionalidad de un acto administrativo —una liquidación tributaria, por ejemplo—, veía cómo frente a la Administración no tenían éxito las alegaciones realizadas en ese sentido, pero tampoco podía deducir su pretensión directamente ante los tribunales de justicia. Por ejemplo, se ha visto en tiempos recientes cómo se adoptaban muchos actos administrativos de liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en los que las Administraciones, incluso en los textos de las resoluciones, confesaban reconocer la posible tacha de inconstitucionalidad de la ley, pero afirmaban que se veían obligadas a resolver conforme a la literalidad de los preceptos legales.

Esta situación fue enjuiciada por la STS n.º 815/2018, de 21 de mayo de 2018 (recurso 113/2017), que consideró (FJ 4.º6) que, “si el recurso de reposición tuviera como único fundamento la inconstitucionalidad de la norma legal que da cobertura al acto impugnado, el autor del acto recurrido, llamado a resolver el recurso de reposición [*vid.* artículo 14.2.b) LRHL], nunca podría estimarlo por carecer de atribuciones para pronunciarse sobre la validez de la norma, inaplicarla o expulsarla del ordenamiento jurídico”. En esta situación, el recurso “se erigiría en una carga procesal para el demandante como presupuesto de viabilidad de su acción jurisdiccional [*vid.* SSTC 108/2000 (ES:TC:2000:108 ; FJ 4º), 275/2005 (ES:TC:2005:275; FJ 4º) y 75/2008 (ES:TC :2008:75; FJ 4º)], que esa carga, en cuanto inútil, negaría la razón que justifica su imposición, deviniendo

do desproporcionada y vulneradora del derecho a obtener la tutela judicial efectiva” (FJ 3.º). En consecuencia, estableció la doctrina siguiente: “Cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, cuestión respecto de la que éstas carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo”.

En conclusión, en estos casos el recurrente puede (*per saltum*) eludir el recurso administrativo y acudir directamente a la vía judicial.

El caso anterior se refería a la contravención de la Constitución en que puede incurrir la ley. Pero también surge la cuestión de si es necesario agotar la vía administrativa, antes de acudir a la vía judicial, cuando la contradicción sea entre preceptos de la ley interna y artículos de los tratados de la Unión Europea, y se considere procedente la previa interpretación de estos artículos por parte del TJUE. Este es el problema abordado en la STS 4371/2021, de 16 de noviembre de 2021 (recurso n.º 2871/2020), que resolvió la siguiente cuestión casacional:

“Determinar si, a la vista de la sentencia del TJUE 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/2014, resulta preciso agotar la vía económico-administrativa previa con anterioridad a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la decisión sobre el fondo del asunto, a los efectos de constatar la adecuación de una determinada actuación tributaria al Derecho de la Unión Europea, pueda depender, exclusivamente, de una concreta decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión”.

En este caso el Tribunal Supremo no aceptó la argumentación de la recurrente de que, en la medida en que el órgano administrativo no puede promover la cuestión prejudicial al haberle sido vedada tal posibilidad por el TJUE, la exigencia del agotamiento de la vía administrativa previa sea una carga desproporcionada y vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Supremo se basa en la citada sentencia del TJUE de 21 de enero de 2020, apartados 78 y 79 (FJ 4.º), que dicen así:

“78 Ha de añadirse, por un lado, que el hecho de que los TEA no sean ‘órganos jurisdiccionales’ a efectos del artículo 267 TFUE no los exime de la

obligación de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión al adoptar sus resoluciones e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resulten contrarias a las disposiciones de Derecho de la Unión dotadas de efecto directo, ya que esa obligación recae sobre el conjunto de autoridades nacionales competentes y no solamente sobre las autoridades judiciales (véanse, en ese sentido, las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, apartados 30 a 33; de 14 de octubre de 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, apartados 61 y 63, y de 4 de diciembre de 2018, Minister for Justice and Equality y Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, apartados 36 y 38).

79 Por otro lado, la existencia de recursos judiciales ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo contra las resoluciones que adoptan los TEA en el procedimiento económico-administrativo de reclamación permite garantizar la efectividad del mecanismo de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE y la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, dado que dichos órganos jurisdiccionales nacionales disponen de la facultad, o, en su caso, tienen la obligación, de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia cuando para poder emitir su fallo sea necesaria una decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión (véase, por analogía, la sentencia de 31 de enero de 2013, Belov, C-394/11, EU:C:2013:48, apartado 52)".

En consecuencia, el Tribunal Supremo señala que no cabe apreciar paralelismos con su sentencia n.º 815/2018 (recurso de casación 113/2017), y que "la infracción del derecho al proceso justo y la consecuencia de menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva por negarse a plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, se sitúan solo en el plano del concepto de 'órgano jurisdiccional' a los efectos del artículo 267 TFUE, es decir, frente a quienes estén en disposición de activar la mencionada cuestión prejudicial, pero no si es la Administración quién ha de aplicar la norma, por el hecho de que no pueda plantearla". Finalmente, establece la siguiente doctrina (FJ 6.º): "En los casos en los que, de conformidad con la normativa tributaria, la vía económico-administrativa resulte procedente, será necesario agotarla aun cuando la decisión sobre el fondo del asunto pueda depender, exclusivamente, de la interpretación del Derecho de la Unión Europea, al corresponder a los tribunales económico-administrativos, garantizar su correcta aplicación en los términos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia".

En conclusión, si el motivo del recurso contra actos administrativos es la posible infracción del derecho de la Unión Europea en que puede incurrir la ley, no cabe omitir el recurso ante el TEA y acudir directamente a la vía judicial, pues los TEA han de aplicar el derecho europeo. Eso sí, no cabe

esperar que el TEA plantee cuestión prejudicial, pues no tiene competencia para hacerlo.

7. Debate sobre la conveniencia de los TEA y su actual configuración. Propuestas

Aun ante las disfunciones presentadas, y junto a las críticas que se manifiestan, se suelen expresar algunos argumentos a favor del mantenimiento de la vía económico-administrativa y de sus órganos específicos, al margen de su pervivencia por un cierto arrastre histórico.

Los principales motivos para el mantenimiento de la vía económico-administrativa son los de la gratuidad del recurso para los obligados tributarios, por el hecho de que no están sometidos a tasas, y no es necesario que el recurrente cuente con abogado y procurador que le represente. Además, existen la garantía de que los recursos son resueltos por expertos muy cualificados en la materia tributaria y la función de aligeramiento del volumen de asuntos que acaban sustanciándose ante los tribunales de justicia. Frente a estas posibles ventajas, se suelen señalar respectivos inconvenientes. Frente a la afirmada gratuidad de los procedimientos, la realidad es que por lo general quienes impugnan actos tributarios recaban un asesoramiento profesional, con el correspondiente coste económico. Por otra parte, no cabe duda de la competencia técnica de los funcionarios que resuelven los expedientes, pero en todo caso se trata de funcionarios integrados en la Administración pública, es decir, en una de las partes contendientes en el litigio. Y frente a la ventaja de la disminución del número de casos que llegan a los tribunales, está el hecho de que se retrasa el acceso a la vía judicial y el recurrente se ve obligado a superar muchas instancias hasta su llegada a los tribunales.

Por todo ello es frecuente la formulación doctrinal de propuestas de modificación de la revisión tributaria. Dichas propuestas suelen ir en diferentes direcciones, que cabe agrupar en cuatro líneas, las dos primeras atinentes a cuestiones sustantivas —relativas a una distinta configuración de los órganos resolutorios—, y las otras dos a modificaciones de los procedimientos. Se pueden sintetizar del modo siguiente:

- La introducción de una jurisdicción fiscal especializada.
- La dotación de composición mixta a los órganos administrativos de revisión.
- El establecimiento del carácter facultativo de la vía administrativa.
- La modificación de las funciones de los órganos administrativos, introduciendo las técnicas de la mediación, la conciliación y el ar-

bitraje, para resolver los casos de menor relevancia jurídica y de baja cuantía. Estos actos tributarios quedarían excluidos del conocimiento de los órganos judiciales.

Se desarrollan a continuación estas propuestas y se indica qué autores formulan destacadamente alguna de ellas, sin perjuicio de advertir que cada autor suele propugnar en realidad varias de estas reformas. La referencia completa de los autores puede verse en el apartado de la bibliografía.

En primer lugar, ante la problemática incardinación de los órganos resolutorios de las reclamaciones económico-administrativas en el Ministerio de Hacienda, se han formulado propuestas de creación de una jurisdicción fiscal especializada, que bien podría hacerse mediante la dotación de más autonomía a los TEA, o bien erigiéndolos como órganos intermedios entre los administrativos y los judiciales. Puede objetarse que ese tercer género no está realmente reconocido de modo general en la Constitución, sin perjuicio de que podría encontrarse inspiración en algunos órganos como el Tribunal de Cuentas o en otros independientes como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o el Defensor del Pueblo. También cabría su inserción en el Consejo para la Defensa del Contribuyente. En esta línea se dirigen las opiniones de José María Lago Montero, Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado, Eusebio Pérez Torres e Ignacio Cruz Padial. O incluso cabría la introducción de esta jurisdicción especializada en la planta judicial, que iría acompañada de una reducción de la revisión administrativa⁹. Como señala Rozas, la revisión judicial debería realizarse a través de tribunales contencioso-tributarios, que constituyesen una jurisdicción especializada y se integrasen en el poder judicial; sería conveniente, en todo caso, que se dispusiese de una fase de instancia y una segunda de apelación, pues la falta de apelación, que se produce en el ámbito tributario en una gran cantidad de procesos, hace que se intente utilizar la casación como apelación, provocando su colapso y desnaturalización. En el derecho comparado, el modelo de la jurisdicción especializada se sigue en Alemania y Canadá.

9. "En definitiva, tanto en la Hacienda estatal –como en las autonómicas, forales y locales– el sistema de administración de justicia tributaria se desplazaría hacia una única jurisdicción contencioso-tributaria –anclada en el Poder judicial– con una primera fase de instancia y una segunda de apelación, más allá del recurso de casación con función rigurosamente nomofláctica. Ese único recurso judicial contencioso-tributario vendría precedido por una fase previa administrativa –en el seno de la propia Administración tributaria que ha emitido el acto, pero gestionada por una oficina distinta de la que lo dictó– ágil, breve y operativa, claramente orientada a gestionar la conciliación –a prevenir el litigio– o a preparar el recurso judicial, cuando tal cosa no fuera posible por razones objetivas o por haberse fracasado en el intento". Véase Rozas (2020: 61).

En segundo lugar, es frecuente la observación crítica de que los TEA están integrados exclusivamente por funcionarios de la Administración tributaria, es decir, que son miembros de una de las partes del conflicto que se trata de solucionar con el recurso. Por tanto, esta fórmula de composición infunde sospecha de un sesgo en el sentido de sus resoluciones. Puede comprobarse esta afirmación por el elevado número de resoluciones de los TEA que posteriormente son anuladas por los tribunales de justicia que las revisan. De hecho, un estudio pendiente es el cómputo con rigor del porcentaje de actos administrativos impugnados que son revocados por los TEA, y cuántas resoluciones de los TEA son anuladas después por los tribunales de justicia. Un remedio que propugnan muchos autores, para paliar la producción de sesgo en la resolución, es la integración de los TEA con personas técnicamente cualificadas, pero no solo procedentes de los cuerpos de la Administración tributaria, sino también de un origen diferente: notarios y registradores, jueces y magistrados, profesores, abogados y asesores fiscales y contables, personas independientes elegidas por asociaciones o colegios profesionales. Así lo sostienen Juan Martín Queralt, Luis Manuel Alonso González, José María Lago Montero, Isabel Espejo Poyatos, Rafael Olañeta Fernández-Grande y Antonio Serrano Acitores¹⁰. Esta propuesta va en la línea de las comisiones tributarias que funcionan con esta extracción plural de componentes en Francia, Alemania, Italia y Reino Unido.

En tercer lugar, se observa que, antes de acudir a la vía judicial, actualmente es necesario interponer los recursos correspondientes en el orden administrativo; es decir, se ha de agotar la vía administrativa. Más arriba se ha expuesto que la jurisprudencia ha dulcificado en ocasiones el rigor de esta norma. En todo caso, para la existencia de una primera fase de revisión

10. Dice Lago Montero: "Reformar los tribunales en el sentido indicado: órganos provinciales competentes para la revisión de todos los tributos; con vocales de extracción judicial, universitaria y representativa de los contribuyentes, amén de funcional; con extensa potestad de revisión, comprensiva de facultades mediadoras, conciliadoras y arbitrales para todas las cuestiones de hecho, valoraciones y conceptos jurídicos indeterminados". Lago Montero (2018: 149). Véase por todos, pues recoge un abanico de opiniones doctrinales en las que se contienen las líneas aquí mencionadas. Recientemente Marina Castro Bosque propone acometer las reformas necesarias para dotar de mayor independencia a los TEA: "En los términos expuestos en nuestro trabajo, sería necesario modificar el sistema de nombramiento y separación de los miembros que integran los órganos administrativos, en aras de la consecución de la independencia externa. Asimismo, resultaría imprescindible acometer los cambios oportunos en la regulación actual de recurso extraordinario para la unificación de la doctrina y de ese modo, dotar a los TEA de la oportuna independencia interna. Con ello, no sólo se conseguiría que los TEA tuvieran la consideración de órganos jurisdiccionales a los efectos de estar facultados para plantear cuestiones prejudiciales de conformidad con lo establecido en el art. 267 del TFUE, sino que, su mayor independencia, dotaría a la vía económico-administrativa de mayores garantías en la tutela de los derechos de los obligados tributarios que las actualmente existentes". Castro Bosque (2022).

administrativa, llevada a cabo por la propia Administración tributaria que ha emitido el acto, existen sólidos argumentos. Por un lado, por la necesidad de reconocer la potestad revisora de la Administración de sus propios actos. Por otro lado, porque constituye un medio para evitar la judicialización de los conflictos y concurren todas las ventajas, antes expuestas, de la revisión administrativa antes de la judicial. Pero, para que tenga eficacia y no merme la tutela judicial efectiva, lo óptimo es que la revisión administrativa de actos tributarios sea breve y esté encaminada a la conciliación entre las partes. Hay muchas opiniones doctrinales al respecto expresadas en ese sentido¹¹. La existencia de una revisión administrativa con los caracteres de breve y conciliadora es el sistema adoptado, con matices propios en cada caso, en Italia, Francia, Alemania, Reino Unido, Países Bajos y Suecia. En todos ellos y en otros ordenamientos existe, en concreto, una fase administrativa orientada a la cooperación y a la conciliación, antes que a la confrontación. No obstante, otros autores, como por ejemplo Clemente Checa González, sugieren que la obligatoriedad o necesidad de utilizar el recurso administrativo podría ser eliminada, convirtiéndola en facultativa.

En cuarto lugar, frente a la rigidez y formalidad del recurso administrativo y judicial, existen otras técnicas de solución de los conflictos tributarios, como la conciliación (mutuo acuerdo entre las partes) y la mediación (acuerdo entre partes facilitado por un tercero) —fórmulas, ambas, de autocomposición—, o el arbitraje —heterocomposición—, en el que la solución al litigio es establecida por un tercero designado por las partes, pero sin requerir el asentimiento de estas. Actualmente se encuentra extendida entre la doctrina académica la opinión de que debe existir una breve vía administrativa, pero orientada primordialmente a la conciliación, y después una revisión por parte del poder judicial. Entre los escritos doctrinales que se pronuncian a favor de este sistema, de personas que además pertenecen a distintos ámbitos profesionales, se encuentran: Marcos Iglesias Caridad, José María Lago Montero, M.^a Ángeles García Frías, Yolanda Martínez Muñoz, Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado y Eusebio Pérez Torres. Más allá de la conciliación, también propugnan mediación o arbitraje autores como Carlos Palao Taboada, Eusebio González García, César García Novoa, José Andrés Rozas, Pablo Chico de la Cámara o Abelardo Delgado Pacheco. En el derecho comparado, están en vigor técnicas de mediación o arbitraje para litigios tributarios en EE. UU., Francia, Reino Unido, Alemania e Italia.

11. Por ejemplo: "Una fase administrativa previa a la judicial solo es admisible si tiene sentido en sus objetivos, es breve, ágil y útil". *Cfr.* Palao Taboada (2019: 10).

8. Bibliografía

- Alonso González, L. M. (2014). *Informe. Propuestas para disminuir la litigiosidad fiscal en España a la luz del derecho comparado*. Barcelona: Col·legi Oficial de Gestors Administratius de Catalunya.
- Castro Bosque, M. (2022). La facultad de los tribunales económico-administrativos para plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una oportunidad para reformar su régimen jurídico y dotarles de independencia. *Crónica Tributaria*, 185, 57-89.
- Consejo para la Defensa del Contribuyente. (2022). *Informe sobre los efectos del criterio de los TEAR en los órganos de aplicación de los tributos*.
- De la Nuez Sánchez-Cascado, E. y Pérez Torres, E. (2000). *Revisión de Actos y Solución de Conflictos Tributarios*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Ferreiro Lapatza, J. J. (dir.). (2005). *La justicia tributaria en España. Informe sobre las relaciones entre la Administración y los contribuyentes y la resolución de conflictos entre ellos*. Madrid: Marcial Pons.
- Iglesias Caridad, M. (2018). Los costes de la conflictividad para los litigantes tributarios. En J. M.^a Lago Montero (dir.). *Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios* (pp. 63-140). Pamplona: Thomson-Reuters/Aranzadi.
- Lago Montero, J. M.^a (2018). Remedios que sería deseable implementar de inmediato. En J. M.^a Lago Montero (dir.). *Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios* (pp. 141-161). Pamplona: Thomson-Reuters/Aranzadi.
- Lago Montero, J. M.^a y García Frías, M.^a Á. (2018). La litigiosidad en los tributos locales. En J. M.^a Lago Montero (dir.). *Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios* (pp. 339-380). Pamplona: Thomson-Reuters/Aranzadi.
- Martínez Muñoz, Y. (2018). Una reflexión sobre la supeditación del recurso judicial al agotamiento previo de la vía económico-administrativa. *Nueva Fiscalidad*, 2, 177-204.
- Palao Taboada, C. (2019). Is the previous exhaustion of administrative procedures a necessary condition to access judicial procedures? *Congress 2019 | EATLP*. Disponible en <https://www.eatlp.org/congress-madrid-2019>.
- Rozas, J. A. (2020). La administración de la justicia tributaria en España. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 35-74.

CAPÍTULO XI

Remedios alternativos a la justicia tradicional en la contratación pública: el modelo italiano frente al dogma de la indisponibilidad del poder

Gianluca Gardini

*Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad de Ferrara (Italia)*

SUMARIO. 1. La peculiaridad italiana. 2. El esquema de las *Alternative Dispute Resolution procedures* (ADR) aplicado a los contratos públicos. 3. Remedios alternativos en la formalización de los contratos públicos: el dictamen preventivo de la ANAC. 4. Remedios alternativos en la formalización de los contratos públicos: el poder de autoprotección de la Administración pública. 5. Remedios alternativos en la ejecución de los contratos públicos: las novedades traídas por el PNRR. 6. Breves conclusiones (a la luz de la peculiaridad del sistema italiano). 7. Bibliografía.

1. La peculiaridad italiana

En tiempos de crisis, la jurisdicción se considera tanto un recurso público escaso, que debe ser conservado, como un servicio público. En ambos casos, el uso “económico” del recurso jurisdiccional requiere que se utilice de manera racional y organizada, como *extrema ratio*¹. Por eso la Unión Europea pide a los Estados miembros fortalecer un sistema alternativo de resolución de litigios en varios ámbitos del ordenamiento (por ejemplo, la Directiva

1. Sobre la jurisdicción como servicio público y recurso escaso, véanse Pajno (2018) y Comporti (2016).

2013/11/UE sobre litigios de consumidores). Por lo que se refiere a los contratos públicos, objeto de este trabajo, la voluntad del legislador europeo de establecer un sistema generalizado de recursos rápido y eficaz en materia de contratación pública se ha manifestado desde hace muchos años, en particular con la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para la resolución de disputas en la adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras². De acuerdo con el enfoque europeo, es necesario que los países miembros hagan un uso “prudente” de la jurisdicción, poniendo en marcha diferentes herramientas para favorecer un menor recurso a la rama jurisdiccional en caso de litigios, incluyendo filtros de acceso y medios alternativos para la resolución de disputas³.

La UE considera los remedios alternativos como un medio de pacificación social y como una técnica de modernización del modelo social europeo. De hecho, la introducción de remedios alternativos, además de reducir la carga judicial, está ligada a la búsqueda de objetivos de carácter cualitativo y no solo cuantitativo: mejora de la calidad de las decisiones, adopción de soluciones compartidas, especificidad, proporcionalidad y adecuación en la resolución de los litigios⁴. Bajo esta perspectiva, la tendencia a adoptar remedios alternativos queda vinculada a tres objetivos: a) eficiencia del servicio; b) fortalecimiento de la protección del particular; 3) mejor arreglo de las relaciones sociales. *Save time, expenses and stress*, es decir, que las personas ahorren tiempo, gastos y estrés⁵, con el fin último de favorecer el bienestar colectivo y la convivencia social.

Sin embargo, en Italia la introducción de remedios alternativos a la justicia tradicional como técnica de resolución de conflictos encuentra mucha más resistencia en el ámbito del derecho público que en el privado. La doctrina tradicional afirma que no hay lugar para las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en disputas entre la Administración y los particulares relacionados con derechos *no disponibles* (p. ej., interés legítimo). En este sentido,

2. Entre otras muchas cuestiones, la Directiva se refiere al órgano encargado de resolver dichos recursos, previendo la posibilidad de que esta tarea pueda encomendarse tanto a un órgano jurisdiccional como a otro órgano que no tenga dicha naturaleza (art. 2.9). “Por lo tanto, la Directiva no opta por un único modelo organizativo, sino que, por el contrario, atendiendo a la autonomía institucional de los Estados miembros, abre la puerta a que estos puedan atribuir la resolución del procedimiento tanto a los tribunales de justicia como a otros órganos de carácter administrativo, que no formen parte del poder judicial”. Así, Vilalta Reixach (2022: 122).

3. En doctrina, véanse Delsignore (2011) y Marchetti (2016).

4. Ramajoli (2018: 558). Sobre el uso de soluciones alternativas en el derecho europeo, véase recientemente Otranto (2023: 74 y ss.).

5. Ramajoli (2014).

se niega la admisibilidad de tales medidas alternativas en caso de disputas relacionadas con la aplicación de reglas de derecho público, subrayando que la conciliación civil solo es posible con referencia a los derechos disponibles (art. 1966 del Código Civil italiano). Como prueba de este enfoque cabe destacar que el Decreto Legislativo 28/2010, de 4 de marzo, que introdujo un sistema de mediación obligatoria para una serie de disputas civiles y comerciales, excluye de su ámbito de aplicación “los derechos sobre los que las partes no tienen derecho a decidir por sí mismas”; y, análogamente, el Código Procesal Civil prevé lo siguiente: “Las partes pueden resolver mediante árbitros disputas que surjan entre ellas solo si no se refieren a derechos indisponibles” (art. 806)⁶.

La resistencia al uso de ADR en conflictos de derecho público no es solo de tipo “dogmático”, sino que tiene una base socioeconómica: las voces críticas subrayan los riesgos de la privatización de la jurisdicción, que no brindaría suficiente protección a la parte más débil. Bajo esta perspectiva, conciliar (*settle*) es visto como vender (*selling out*) la función jurisdiccional, con el riesgo de que el resultado último de la operación acabe siendo no tanto el restablecimiento de la legalidad como la prevalencia de las razones del sujeto dotado de mayores recursos económicos. Aunque, volviendo al tema de este trabajo, sea la falta de disponibilidad de los intereses en juego lo que, a lo largo de los años, ha representado el principal obstáculo para la introducción de ADR en la contratación pública.

En realidad, la doctrina y la jurisprudencia más cuidadosas han demostrado desde hace tiempo que el interés legítimo no es verdaderamente indisponible para su titular (pensemos en la posibilidad del recurrente de renunciar al recurso judicial durante el proceso), que el interés público no puede considerarse abstracto y definido solo unilateralmente, y que el poder público no debe considerarse absoluto, no negociable e inagotable⁷. Una vez desmontados estos mitos, y sometido el poder público (y su reflejo subjetivo, representado por el interés legítimo) a los principios de certeza legal, responsabilidad, eficiencia y simplificación, y a la expectativa legítima de los administrados, se han abierto nuevos espacios para la aplicación de remedios alternativos a la justicia vestida con toga en las disputas de derecho público. Hasta el punto de que, actualmente, existe una clara tendencia a extender las ADR también a las controversias que implica el ejercicio del

6. En la misma perspectiva ver también el Decreto-ley 132/2014, de 12 de septiembre, adoptado para poner en marcha una serie de medidas urgentes de “desjurisdiccionalización”, a través del cual se introducen nuevas medidas alternativas de resolución de conflictos y se potencian las ya existentes.

7. Scoca (1991: 106; 2019: 1268), Delsignore (2007) y Perfetti (2009).

poder público. Hoy está bastante claro que, al menos en el caso del poder discrecional, la Administración pública puede disponer de la “función” que la ley le atribuye⁸; vencido el dogma de la unilateralidad del poder administrativo, la ciencia jurídica y la jurisprudencia consideran admisible el uso de las ADR incluso en el contexto de normas de derecho público, aunque no considerándolas como actos de autonomía privada, sino más bien como un método diferente de implementación de las normas respecto a lo inicialmente considerado por la Administración en el ejercicio de la función pública que dio origen a la controversia⁹. Además, a las *Alternative Dispute Resolution*, concebidas como remedios alternativos al juicio formal, se han agregado las *Appropriate Dispute Resolution*, es decir, instrumentos que complementan el poder jurisdiccional estatal, sin sustituirlo y, por tanto, sin deslegitimarlo: el sujeto que pretende obtener justicia a través de estos instrumentos no está obligado a “elegir” alternativamente una de las dos formas de protección, sino que, por el contrario, puede hacer uso de ambas para poder satisfacer sus propias pretensiones (pensemos, por ejemplo, en las recomendaciones adoptadas por el defensor del pueblo y, en general, por los *ombudsman*)¹⁰. Esta tendencia no significa, sin embargo, que el camino para la aplicación de la ADR a los litigios de derecho público esté claro, dado que el dogma de la indisponibilidad del poder público sigue profundamente arraigado en la cultura nacional, y las sombras del pasado son muy difíciles de eliminar de la mente del legislador y de los intérpretes¹¹.

Tradicionalmente, la regulación de los contratos públicos se divide en dos fases bien diferenciadas: la fase inicial, destinada a la formalización/adjudicación de los contratos públicos, regida por normas de derecho público; y la fase ejecutiva, destinada a la implementación de los contratos estipulados, regida por normas de derecho civil. La elección del régimen de derecho público para la fase de adjudicación tiene orígenes antiguos: una de las principales razones que subyacen a la elección del régimen ad-

8. Goisis (2006: 272).

9. Como pone de relieve Ramajoli (2015: 490), que destaca cómo el hecho de resolver un conflicto corresponde al interés público, y por tanto la resolución alternativa de una disputa representa otra forma posible de perseguir el interés público. Sobre el tema, véase también Marchetti (2017).

10. Al respecto, Calabrò (2017); y, más recientemente, Posteraro (2023: 16 y ss.).

11. La introducción en el sistema francés de la mediación a iniciativa de las partes o del juez administrativo demuestra que no existe incompatibilidad entre el poder administrativo y la solución del litigio en forma transaccional. La mediación francesa no constituye una solución del litigio sometida a un órgano administrativo, tiene carácter voluntario, no puede perjudicar los derechos de terceros y está confiada a un mediador que desempeña su tarea “*avec impartialité, compétence et diligence*”. Termina con una decisión que puede ser aprobada y ejecutada por el juez. La referencia es a la *Loi n. 2016-1547*, de 18 de noviembre de 2016, art. 5. Sobre el tema, véase Le Gars (2016).

ministrativo es que permite dar evidencia a los *motivos* del contrato, que generalmente resultan irrelevantes para el derecho civil. De ahí la definición de Giannini de “evidencia pública” como procedimiento administrativo que “duplica” el procedimiento privado de formación de la voluntad de la Administración pública, permitiendo conocer las razones de la elección del contratante privado¹².

A partir de esta distinción básica, en la fase inicial de los contratos públicos, donde hay gasto del poder público, y, por parte de los particulares, donde surgen intereses legítimos, los remedios alternativos siempre han tenido la función no de reemplazar, sino de *evitar* el litigio. Este tipo de remedios se colocan en un término medio entre procedimiento y proceso, son remedios *precontenciosos*, unidos por el elemento anticipatorio. Este es el caso, por ejemplo, del dictamen precontencioso de la ANAC (art. 211) que analizaremos en seguida. En la raíz de esta modalidad anticipatoria puede verse la dificultad de nuestro ordenamiento jurídico para brindar soluciones “consensuales” frente a controversias relativas a intereses legítimos, como tales no plenamente disponibles para las partes involucradas. Además, la finalidad última de la tutela preventiva es el restablecimiento de la legalidad, propia de los remedios de carácter objetivo y no tanto de los remedios alternativos, que a menudo se convierten en un momento procesal para definir el interés público y buscar soluciones compartidas. Como oportunamente se ha destacado, a través de las ADR los conceptos “correcto” e “incorrecto” se diluyen, para dejar espacio a la ponderación de los intereses¹³ según una lógica que se ha definido de “*mending justice*”¹⁴, es decir, una justicia que no establece quién tiene razón o no, sino que “repara” las relaciones e intenta establecer un diálogo entre las partes¹⁵.

Otras normas del ordenamiento italiano admiten la posibilidad de crear ADR en referencia a disputas que se produzcan en la fase *ejecutiva* de los contratos públicos, regida por el derecho civil, y donde solo caben los derechos subjetivos: el art. 12 del Código Procesal Administrativo italiano (Decreto Legislativo 104/2010, de 2 de julio) establece claramente que “las disputas relativas a los derechos subjetivos delegados a la jurisdicción del juez administrativo pueden resolverse mediante arbitraje ritual de conformidad con los artículos 806 y siguientes del Código de Procedimiento Civil italiano”¹⁶.

12. Giannini (1988: 797 y ss.).

13. Biavati (2005: 796).

14. Cappelletti (1981: 57).

15. Ramajoli (2015).

16. Marone (2018). El autor subraya un creciente y generalizado favor en nuestro sistema hacia modalidades negociales (o basadas en la autonomía privada) en el ejercicio de la justicia.

El Código de Contratos Públicos de 2016 (recientemente reemplazado por un nuevo texto, aprobado en 2023, que contiene esencialmente las mismas disposiciones) dedica un capítulo especial sobre los recursos alternativos a la tutela judicial en la fase ejecutiva de los contratos públicos, previendo las figuras del acuerdo amistoso (art. 205), de la transacción (art. 208) y del arbitraje (art. 209). En todo caso, existe una prohibición del arbitraje obligatorio y una exclusión del recurso al arbitraje no ritual para todas las controversias relativas a contratos públicos, tanto en la fase de la formalización como en la de ejecución¹⁷.

2. El esquema de las *Alternative Dispute Resolution procedures* (ADR) aplicado a los contratos públicos

En Italia no existe una regulación general sobre las ADR, válida para cualquier tipo de disputa con la Administración pública. En principio, las ADR tienen una forma intrínsecamente atípica, ya que son sistemas construidos esencialmente en torno a un propósito, a una finalidad (desjurisdiccionalización), pero que carecen de un claro marco de referencia desde un punto de vista formal y estructural. Al crear una ADR, el legislador se preocupa esencialmente de asegurar la eficacia y la efectividad del sistema, sin prestar demasiada atención en seguir un esquema legal de referencia. En Italia los remedios alternativos para litigios de derecho público, cuando están previstos, siguen el modelo del remedio *extraprocesal*, en consonancia con el concepto del proceso como un recurso escaso que debe ser preservado. Bajo esta perspectiva, la protección jurisdiccional es concebida por el legislador como un remedio extremo (*extrema ratio*) que debe ser utilizado con mucha cautela. En cambio, en los sistemas de *civil law*, distintos al nuestro, los medios alternativos contemplados en el sector público han sido concebidos principalmente como medios *endoprocesales*, con una rígida separación entre la fase conciliatoria y la fase de toma de decisiones. Por tanto, son un paréntesis interno del proceso¹⁸.

La ausencia de una tipología única no impide que haya caracteres (y problemas) recurrentes en la creación de las ADR. Por lo que se refiere a las ADR italianas siempre ha existido un problema relacionado con la brevedad del plazo para apelar la adjudicación de la licitación ante los tribunales administrativos, que opera como garantía del interés público en general (certeza de las relaciones jurídicas): si la empresa o el ciudadano no se apuran en apelar,

salvo por la difidencia que estas técnicas encuentran en unos ámbitos específicos, como típicamente el de los contratos públicos. Sobre el tema del arbitraje en los contratos públicos, en general, véase Pajno (2005).

17. Sobre el tema, véase Otranto (2023: 271 y ss.).

18. Ramajoli (2018: 558).

de haber invocado este remedio alternativo puede existir el riesgo de que la adjudicación del contrato público ya no sea discutible por el juez administrativo, con perjuicio del propio derecho a la defensa (art. 24 Constitución italiana). Además, existe el problema de identificar un “juez” tercero equidistante de las partes, que en derecho civil es elegido por ellas, mientras que en caso de disputas que tienen en el centro intereses no disponibles debe ser representado por un sujeto institucional. En la década de los 90, en Italia se propuso el establecimiento de comisiones independientes en cada Administración, a las que se podía acceder con recurso administrativo, cuyas decisiones quedaban abiertas a apelación ante el Consejo de Estado. La Comisión de Estudio nombrada por el ministro Cassese en 1993 y presidida por el profesor Cerulli Irelli planteó la propuesta de constituir “comisiones de la Administración judicial” especiales en cada Administración estatal, separadas de la Administración activa y rodeadas de garantías de independencia y composición, con la tarea de decidir apelaciones administrativas. La idea era abandonar el modelo de recursos “dentro de la Administración”, pasando a un modelo más cercano a las ADR de tradición anglosajona¹⁹. Veinte años después, el Informe realizado por el presidente De Lise con motivo de la inauguración del año judicial 2011 del Consejo de Estado afirmaba que, “al menos en algunas materias, se podría contemplar la experiencia previa y obligatoria de los recursos administrativos, garantizando la imparcialidad y especialización de los órganos competentes para decidirlos”²⁰. De esta declaración de intenciones han pasado otros diez años y puede decirse, sin temor a equivocarse, que el proyecto de independizar los órganos decisorios administrativos nunca logró concretizarse.

Sin embargo, existen en Italia unos cuantos ejemplos de remedios alternativos confiados a órganos externos y terceros en las relaciones entre la Administración pública y los particulares, con referencia a los “derechos no disponibles”: p. ej., la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA) y el Defensor del Pueblo, este último sin poder resolver el litigio con decisiones vinculantes, ya que no puede ordenar la exhibición de los documentos, y mucho menos anular actos de la Administración pública. Tienen la misma naturaleza los pronunciamientos de la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC), en cuanto a los dictámenes vinculantes emitidos para resolver los litigios surgidos durante el procedimiento de licitación, siempre que exista aceptación expresa de las partes. Como se verá, la Autoridad anticorrupción tiene un poder parajurisdiccional para resolver controversias: de conformidad con el art. 211 del Código de Contratos de 2016, a iniciativa de la autoridad contratante o de las partes, la ANAC expresa una opinión vinculante sobre las cuestiones que sur-

19. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Funzione Pubblica (1994).

20. Corletto (2015).

gen en los procedimientos de licitación. Se consideran también ADR las decisiones del Garante de Privacidad (y de otras autoridades independientes como AGCM o Antitrust), que interviene en cuestiones relativas al conocimiento de datos personales a través de solicitudes de acceso (tradicional o cívico) dirigidas a la Administración pública, pero, en este caso, el enfoque es sobre derechos subjetivos, que, como tales, son intereses disponibles.

En cambio, los recursos administrativos no pueden ser considerados como remedios alternativos a la jurisdicción en sentido estricto. La cuestión de los recursos administrativos aparece hoy en día muy anticuada, porque queda sustancialmente vinculada a una estructura de la Administración pública basada en el principio de la jerarquía, que ahora se encuentra en gran parte en crisis. La crisis de los recursos administrativos es evidente desde hace muchos años: solo decir que en 1984 A.M. Sandulli, en su Manual de derecho administrativo²¹, al tratar de las herramientas de la Administración contenciosa, advirtió que se trataba de una forma de justicia tan insatisfactoria que la legislación sobre los tribunales administrativos tuvo que hacer frente a sus inconvenientes. En la mayoría de los casos, la protección por la vía administrativa se ha vuelto una verdadera *res derelicta*²².

Junto con el tema de la admisibilidad de los recursos alternativos en el derecho público, surge el problema de la *naturaleza jurídica de las decisiones* que resuelven controversias donde se encuentran involucrados intereses indisponibles, como reflejo de la aplicación de normas de derecho público que autorizan el uso del poder administrativo. La cuestión de la naturaleza jurídica de las decisiones administrativas que resuelven una disputa entre la Administración pública y los particulares no es en absoluto nueva, ya que a mediados del siglo pasado ocupó el debate doctrinal y jurisprudencial durante mucho tiempo. En el intento de identificar la naturaleza de esta categoría de actos, algunos intérpretes quisieron adscribir las decisiones administrativas al ámbito no tanto de los actos de voluntad imperativa, sino de los actos de *juicio y valoración*; otros han preferido calificarlos como *deliberaciones y actos administrativos*, destacando la imposibilidad de separar el acto de voluntad de la valoración de hechos contenida en las mismas decisiones; otros más han preferido imputar las decisiones a la *autoprotección* (autotutela), entendida como una actividad con la que la Administración pública resuelve los conflictos, potenciales o reales, surgidos con otros sujetos en relación con sus deliberaciones previas. La tesis más persuasiva sobre el tema es sin duda la ofrecida por Mario Nigro, según el cual las de-

21. Sandulli (1984: 1132).

22. Pajno (2015).

cisiones administrativas “son actos administrativos de *valoración*, formados de manera *contenciosa*, es decir, mediante un procedimiento construido de tal manera que se dé el protagonismo [...] al conflicto de intereses o de opiniones entre los administrados, o entre la autoridad y uno o más administrados [...], comprobando así la aplicabilidad de la ley a un caso concreto y determinando, en ocasiones, también las modalidades de aplicación de la propia ley”²³. Nigro clasifica las decisiones administrativas dentro de los actos administrativos *vinculados* (es decir, no discrecionales), cree que siempre es necesaria una *motivación* para las mismas, por la estructura contenciosa del procedimiento del que surgen, y tiende a considerarlas irrevocables por su estructura *declarativa*.

Lo que distingue estos actos de las medidas administrativas tradicionales, en esencia, es que “las decisiones administrativas presuponen un *conflicto*, entre la Administración y la parte interesada o entre diferentes partes interesadas, y se dictan en busca no solo del interés en el contenido de la disposición, sino también de la justa solución de ese conflicto: por tanto, tienen un contenido similar al contenido de las sentencias”²⁴. Es precisamente la presencia en las decisiones de la satisfacción de este interés judicial lo que ha suscitado las mayores incertidumbres sobre la naturaleza de estos actos, y lo que, a nivel teórico, ha llevado a hablar, para las decisiones, de actos “material o sustancialmente jurisdiccionales o parajurisdiccionales”²⁵. Las decisiones administrativas adoptadas para dirimir controversias entre particulares tienen, por tanto, muchos puntos en común con las sentencias dictadas por la autoridad judicial, desde un punto de vista formal y sustancial, pero se diferencian de estas últimas en que el poder del que proceden es el administrativo, y no el judicial. En este marco conceptual, las decisiones se consideran actos *declarativos*, una categoría particular que incluye, por ejemplo, las medidas tomadas tras los recursos administrativos, los actos de valoración de impuestos o los actos de las autoridades independientes.

La jurisprudencia constitucional también parece abrazar este orden conceptual. En un fallo sobre los consejos estatutarios de garantía establecidos en algunas regiones italianas, la Corte Constitucional italiana afirma de hecho que las decisiones administrativas de estos órganos son “actos administrativos de evaluación, destinados a resolver conflictos, decidiendo, en un caso específico, sobre la aplicabilidad de una regla o sobre los métodos de aplicación de la misma”. La Corte Constitucional, como se ha observado, en

23. Nigro (1953, 1962).

24. Mattarella (2006: 4736).

25. Nigro (1962).

esta sentencia se ha referido a los estudios de Nigro sobre decisiones administrativas, confirmando que, en realidad, la distancia entre Administración y jurisdicción es muchas veces menor de lo que parece²⁶.

Siguiendo la enseñanza de Mario Nigro, las decisiones administrativas se plantean como medidas administrativas caracterizadas por un contenido evaluativo, a menudo adoptadas por Administraciones *ad hoc* que son responsables de la resolución imparcial de los conflictos y la aplicación de reglas objetivas a través de un procedimiento cuasijudicial. Los actos de solución de controversias aplican las reglas al caso específico y determinan las razones y responsabilidades de las partes en conflicto. De ello se desprende que estas decisiones son, a todos los efectos, *actos administrativos autoritativos*. O, yendo más allá de las clasificaciones formales, son decisiones administrativas que, al cuidado del interés público para la justa solución de una controversia, “heterodeterminan” la jerarquía de intereses entre las partes en conflicto. Por tanto, el *régimen jurídico sustantivo y procesal* aplicable a estas decisiones es el del apdo. 1 del art. 1 de la Ley 241/1990, de 7 de agosto (actos autoritativos, expresión del poder público), y no el del apdo. 1-bis de la misma Ley (actos de carácter no autoritativo adoptados de acuerdo con las normas de derecho privado); y, como consecuencia, las mismas pueden ser impugnadas ante el juez administrativo.

3. Remedios alternativos en la formalización de los contratos públicos: el dictamen preventivo de la ANAC

Como se acaba de decir, la Ley italiana ya prevé unos mecanismos de solución de controversias alternativos a la jurisdicción (ADR) en materia de contratos públicos, pero todos están confinados a la fase de ejecución de los mismos.

Los remedios alternativos previstos para la fase de formalización de los contratos públicos son básicamente *previos* al litigio, es decir, remedios que tienen como finalidad principal la de *evitar*, y no la de resolver, el conflicto. En este sentido, el previo Código de Contratos Públicos (Decreto Legislativo 50/2016, de 18 de abril, o CCP) ha innovado mucho el marco normativo existente, otorgando a la Autoridad Nacional Anticorrupción esta potestad de resolución previa de conflictos en materia de contratación pública, y estableciendo que sus “dictámenes previos al litigio” se configuran como re-

26. Mattarella (2011). Más recientemente, sobre el tema de la Administración judicial, véase Otranto (2023: 193 y ss.).

cursos alternativos a la jurisdicción con carácter anticipatorio, ya que tienen como objetivo prevenir el surgimiento de una controversia (art. 211.1).

La Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC) es una autoridad administrativa independiente cuya misión institucional consiste en la acción de prevención de la corrupción. La ANAC surgió con la Ley anticorrupción de 2012 (Ley 190/2012, de 6 de noviembre), de la transformación de otro organismo público, la Comisión de Evaluación, Transparencia e Integridad de las Administraciones Públicas (CIVIT), sumando a la actividad supervisora en el sector de los contratos públicos, que ya pertenecía a esta última, las funciones de prevención de la corrupción en las Administraciones públicas y en las sociedades participadas y filiales, también mediante la actuación del principio de transparencia en todos los aspectos de la gestión. Su actividad cubre varios ámbitos de la actividad administrativa: aplicación de la legislación anticorrupción y cumplimiento de obligaciones de transparencia, atribución de cargos públicos, conflictos de interés de funcionarios, adjudicación y ejecución de contratos públicos. La ANAC está dotada de facultades muy relevantes, que se dividen en funciones de dirección y planificación, apoyo a la planificación y control de misiones institucionales, vigilancia, regulación. Desde el punto de vista estructural, la ANAC es un organismo colegial compuesto por el presidente y cuatro miembros elegidos entre expertos de gran profesionalidad, incluso ajenos a la Administración, con competencias comprobadas en Italia y en el extranjero, tanto en el sector público como en el privado, con reconocida independencia y probada experiencia en materia anticorrupción. El nombramiento de sus componentes se lleva a cabo por decreto del presidente de la República previa resolución del Consejo de Ministros, y previa opinión favorable de las comisiones parlamentarias competentes expresada por una mayoría de dos tercios de sus miembros; el poder de propuesta corresponde solo al ministro de Administraciones Públicas para el presidente, mientras que para los demás componentes se requiere acuerdo del ministro del Interior. La dotación de personal de la Autoridad Nacional Anticorrupción está prevista en el número máximo de 350 unidades²⁷.

De conformidad con el art. 211.1 CCP, la entidad pública contratante o una de las empresas participantes en la licitación pueden presentar a la ANAC las cuestiones que surjan durante la realización de los procedimientos de licitación: "A iniciativa de la autoridad contratante o de una o más de las otras partes, la ANAC expresa una opinión sobre las cuestiones que surjan durante los procedimientos de licitación, dentro de los treinta días siguientes a la

27. Para un análisis de las funciones y la organización de la Autoridad Nacional Anticorrupción, véase Nicotra (2016), así como Cantone y Merloni (2015).

recepción de la solicitud. El dictamen vincula a las partes que previamente hayan dado su consentimiento para cumplir lo establecido en el mismo”. El dictamen obliga a las partes que lo han aceptado previamente: de hecho, el referido efecto vinculante se produce únicamente si las partes han dado su consentimiento para cumplir el propio dictamen²⁸. Por otro lado, cuando la solicitud de dictamen sea activada por una sola parte (entidad pública contratante o empresa), el dictamen emitido se entenderá como no vinculante.

De esta configuración surgen algunos efectos concretos:

1) El dictamen vinculante, que obliga a las partes a observarlo, es un acto que tiene capacidad de resolver un conflicto en curso. Como tal, es inmediatamente lesivo y por lo tanto puede ser impugnado frente al juez administrativo. Por disposición legislativa expresa, solo los dictámenes vinculantes podrán ser impugnados (por cada una de las partes) “ante los órganos de la justicia administrativa competentes de conformidad con el artículo 120 del Código Procesal Administrativo”, precisando que, “en caso de rechazo del recurso contra el dictamen vinculante, el juez evalúa la conducta del recurrente de conformidad con y para los efectos del artículo 26 del Código Procesal Administrativo”. En definitiva, para evitar apelaciones fraudulentas el comportamiento del recurrente se hace relevante para la determinación de los gastos judiciales.

2) El dictamen no vinculante, en cambio, representa un acto de persuasión moral (*moral suasion*) hacia las partes, que siempre pueden incumplirlo, no siendo un acto con fuerza ejecutoria. La Administración no pierde su discreción ante un dictamen no vinculante, a pesar de que estos actos rara vez sean ignorados por ella²⁹. Su impugnación puede realizarse junto con la apelación contra la disposición final de la Administración que lo siguió, siempre que el dictamen tuviera alguna relevancia en la decisión final.

La premisa de la emisión del dictamen es la existencia de un conflicto actual sobre un asunto concreto: por lo tanto, existe inadmisibilidad del propio dictamen cuando la solicitud es genérica y/o dirigida a un control generalizado sobre los procedimientos de la Administración pública. Sigue siendo muy debatida la cuestión de qué actos pueden constituir objetos de prelitigios: la posición preferible parece ser la que identifica el límite del objeto del prelitigio en la adjudicación de una licitación (con exclusión de todos los actos y hechos de la ejecución y de los actos que se encuentran temporalmente entre la adjudicación y la estipulación del contrato). La doctrina mayoritaria hasta hace

28. Sobre las modalidades de adhesión, ver Reglamento sobre dictámenes previos al litigio, resolución ANAC de 9 de enero de 2019.

29. Cintioli (2009: 988).

poco creía que la competencia de la ANAC se extendía inclusive al “mérito” de la disputa, es decir, que la Autoridad puede/debe entrar en el fondo del asunto controvertido, sustituyéndose a la entidad pública contratante. El nuevo Código de contratos públicos (Decreto Legislativo 36/2023) nos permite en cierto modo superar este enfoque: los principios de resultado (art. 1) y aún más el de confianza (art. 2) contenidos en el nuevo texto mejoran, fortalecen y salvaguardan el papel de la Administración pública y su discrecionalidad, haciéndola inmune al control extendido al mérito de la ANAC (en este sentido ver Informe del Consejo de Estado sobre el esquema definitivo del nuevo Código de Contratos Públicos, 7 de diciembre de 2022).

El Consejo de Estado italiano ha calificado en todo caso los dictámenes vinculantes como ADR, aunque con rasgos de especialidad en referencia a dos aspectos específicos: a) en primer lugar, el procedimiento es binario y distingue si existe o no el consentimiento de las partes a los efectos vinculantes del dictamen; b) en segundo lugar, la solicitud conduce a un acto administrativo vinculante de la ANAC que puede ser impugnado frente a los tribunales de las formas mencionadas anteriormente³⁰. Por otro lado, si es cierto que el derecho de defensa frente a todos los actos de la Administración pública (art. 24 de la Constitución italiana) requiere que los dictámenes vinculantes puedan ser impugnados de inmediato por las partes, sin duda la impugnación de los actos destinados a prevenir el litigio conlleva el riesgo de un agravamiento del propio litigio, con evidente heterogénesis de fines³¹. Hay que tener en cuenta que las ADR nacen como una herramienta para reducir la litigiosidad, no para incrementarla. La clasificación de los dictámenes entre las ADR no se excluye por el hecho de que, aunque vinculantes, los dictámenes de la ANAC previos al litigio no impiden la posible intervención del juez administrativo en relación con la misma cuestión³². La posibilidad de impugnar los dictámenes vinculantes de la ANAC ante el tribunal administrativo regional refleja la matriz de nuestro sistema de justicia administrativa, según el cual las situaciones jurídicas indisponibles que están sujetas al conocimiento del juez no pueden ser objeto de procesos completamente alternativos a la tutela judicial. Al mismo tiempo existe una relación de incompatibilidad entre los dictámenes vinculantes y los recursos judiciales presentados sobre el mismo tema: la superposición de los remedios judiciales genera inadmisibilidad o imposibilidad de proceder con la actuación del dictamen, según los distintos momentos de presentación. La prevalencia del remedio judicial debe ser vista como un reflejo de la indisponibilidad del interés de fondo, que como tal no

30. Consejo de Estado italiano, *Comm. Spec. 14 settembre 2016, n. 1920*.

31. Ramajoli (2018: 558).

32. Ramajoli (2014).

puede encomendarse enteramente a la protección de un órgano distinto del juez, con sus garantías de imparcialidad e independencia.

En cambio, el hecho de que el dictamen no tenga un efecto vinculante, si por un lado evita la impugnación frente al juez administrativo (falta el efecto lesivo), por otro lado produce consecuencias negativas desde el punto de vista de la certidumbre jurídica.

La ley no identifica los plazos en los que se puede activar el procedimiento para adoptar dictámenes previos al litigio: para evitar que se conviertan en una herramienta para eludir sustancialmente el plazo fijado por el Código Procesal Administrativo, la jurisprudencia administrativa y la propia ANAC consideran inadmisibles las demandas relativas a actos del procedimiento de licitación autónomamente impugnables respecto de los que ya han transcurrido los plazos de recurso frente al juez administrativo. Entre las cuestiones sobre las que se expresó la Comisión Especial en 2016 en referencia a lo contradictorio, se observa el riesgo de realizar una investigación superficial en relación con plazos de respuesta restringidos (30 días). Se destaca también una falta de coordinación entre el plazo para emitir el dictamen de la ANAC (30 días) y el plazo del recurso judicial (30 días): hubiera sido apropiado suspender el segundo plazo mientras la ANAC emite su dictamen. Otro tema crítico se refiere a los efectos con geometría variable dependiendo de si el dictamen es vinculante o no, para todas o algunas de las partes involucradas: la parte no sujeta a la coacción puede deducir la ineficacia del dictamen, pero sin posibilidad de impugnar o participar en la controversia. En conclusión, el Consejo de Estado destaca el riesgo de lagunas e incertidumbres en las normas aplicables a la apelación de los dictámenes previos³³.

Cabe señalar que la voluntad legislativa es mantener cierta distancia entre el dictamen previo al litigio y los remedios procesales: si bien el trámite lo lleva a cabo una autoridad independiente con funciones parajurisdiccionales, la actividad de la ANAC es completamente distinta de la función judicial de los tribunales. El objetivo de la ley sigue siendo la reducción de lo contencioso y el fomento de medidas alternativas a lo contencioso sin provocar una especie de preproceso. Sobre este punto, vale la pena señalar que el recurso ante la Autoridad anticorrupción ha tenido un éxito considerable desde la entrada en vigor del Decreto Legislativo 50/2016: si antes de 2016 los dictámenes de la ANAC (*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici* antes de 2014) para la resolución de controversias llegaban a unos 200 por

33. Consejo de Estado italiano, Comisión Especial, dictamen 1920/2016, de 14 de septiembre.

año, a partir de 2016 las opiniones previas al litigio producidas anualmente rondan la cifra de 1250 resoluciones emitidas, sin contar las instancias inadmisibles por razones de forma.

4. Remedios alternativos en la formalización de los contratos públicos: el poder de autoprotección de la Administración pública

Junto al dictamen preventivo, en la dinámica de los contratos públicos, tiene cierta relevancia como ADR la solicitud de autoprotección a la autoridad contratante propuesta por la ANAC (en forma de “recomendación vinculante” para anular los actos de licitación ilegales). El art. 211.2 del Código de Contratos de 2016 establecía que “si la ANAC, en el ejercicio de sus funciones, considera que existe un defecto de legitimidad en uno de los actos del expediente de licitación, invita al ente adjudicador a actuar en autoprotección y también eliminar los efectos de actos ilegítimos, en un plazo no superior a sesenta días”. La ley —usando las palabras del dictamen del Consejo de Estado— “otorga a la ANAC la facultad de invitar a los poderes adjudicadores a actuar en autoprotección”³⁴. La recomendación vinculante fue uno de los instrumentos que fortaleció muy sensiblemente el rol de la ANAC en el sistema de contratación pública que caracteriza al Código de 2016. El modelo del Código parecía obligar a la Administración pública a la demolición del acto ilegítimo (norma que, de hecho, ha sido revocada): más que de autoprotección, sería correcto hablar de heteroprotección, o al menos de autoprotección impuesta³⁵.

El Consejo de Estado italiano, en su dictamen 855/2016, de 1 de abril, sobre el proyecto de decreto legislativo corrector del Código de Contratos Públicos, había sido muy crítico con esta disposición, en particular “en términos de compatibilidad con el sistema de autonomía, ya que introduce una facultad de suspensión inmediata y una de anulación enmascarada”. De hecho, no hay que olvidar que, según el Consejo de Estado, tras la reforma constitucional de 2001, “los controles de legitimidad de los actos administrativos de las autoridades locales deben considerarse excluidos de nuestro ordenamiento jurídico, tras la eliminación del primer párrafo del art. 125 y art. 130 de la Constitución”. Por tanto, el Consejo de Estado propuso sustituir la recomendación vinculante con la legitimidad *ex lege* de la Autoridad anticorrupción para impugnar los actos de los procedimientos contractuales, diseñada en términos similares a la legitimidad de la Autoridad de competencia y mercado (AGCM) para interponer recursos contra los actos que

34. Consejo de Estado italiano, Comisión Especial, dictamen 855/2016, de 1 de abril.

35. Portaluri (2014).

violen las normas de protección de la competencia previstas en el art. 21-bis de la Ley 287/1990. Solución que había sido considerada compatible con el estatuto constitucional de autonomía por parte de la Corte Constitucional³⁶.

De este “poder vinculante de recomendación” hay que hablar ahora en pasado, porque el art. 211.2 ha sido eliminado del texto del Código de Contratos Públicos (Decreto Legislativo 56/2017, de 19 de abril)³⁷. Un par de meses después de la aprobación del Código, la Ley 96/2017, de 21 de junio, de conversión del Decreto-ley 50/2017, de 24 abril, ha incluido en el art. 211 los apdos. 1-bis y 1-ter, que otorgan a la Autoridad anticorrup-

36. Corte Constitucional, sentencia 20/2013, de 14 de febrero. El modelo de referencia utilizado es el art. 21-bis de la Ley 287/1990, de 10 de octubre, según el cual la Autoridad de Defensa de la Competencia (AGCM o Antitrust), antes de emprender acciones legales contra los actos administrativos generales, reglamentaciones y medidas administrativas que considere lesivas para la libertad de competencia y el mercado, debe emitir, en el plazo de sesenta días, “un dictamen motivado, en el que indique los perfiles específicos de las infracciones encontradas. Si la Administración pública no cumple dentro de los sesenta días siguientes a la comunicación del dictamen, la Autoridad podrá presentar recurso de apelación, dentro de los treinta días siguientes”. Este esquema ha sido imitado por la corrección del Código de Contratos (art. 211, apdo. 1-ter), con la única diferencia de que el sujeto competente para emitir el dictamen es la ANAC. De acuerdo con la reconstrucción de la jurisprudencia más reciente, la función de dicho dictamen motivado es doble: por un lado, solicitar a la Administración revisar sus propias decisiones y cumplir con las directrices de la Autoridad, mediante un ejercicio especial del poder de autoprotección justificado por la especial relevancia del interés público en juego; y por otro, actuar como una herramienta para la disminución de los litigios.

37. El art. 6 del Decreto Legislativo 53/2010 había introducido en el Código de Contratos también otra disposición, el art. 243-bis, revocado con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 50/2016. Esta norma preveía la institución de una comunicación sobre la intención de proponer recurso judicial, es decir, una comunicación escrita con el resumen de los vicios de ilegalidad, dirigida por el interesado al órgano de contratación, anticipando la intención de proponer un recurso judicial. Con esta disposición la ley implementó la Directiva 2007/66/CE, que tenía el propósito de reforzar los mecanismos preventivos para la resolución de controversias, gracias a la solicitud del poder de autoprotección de la Administración. El segundo objetivo era el —ya visto— de reducir la carga de las controversias relativas a las licitaciones, abriendo una ventana de diálogo “prejurisdiccional” entre la autoridad contratante y el potencial solicitante. La Comisión Especial del Consejo de Estado identificó de inmediato el problema inherente a su implementación: la Administración, ante la alarma de la comunicación previa, jugaría a su favor una partida de cartas abiertas, pudiendo ya activar sus propios despachos legales. En principio, la disposición habría tenido la útil función de provocar una respuesta de la Administración tras el conocimiento de algunos perfiles de ilegitimidad; sin embargo, de hecho, este objetivo no se logró, por dos razones: en primer lugar, la comunicación previa no constituía una condición de admisibilidad del recurso, por lo que, a la luz del plazo de 30 días para interponer recurso, no era realista que la comunicación previa tuviera un papel central. La brevedad del plazo de apelación terminó por reducir el funcionamiento efectivo de la disposición, que no suspendía el plazo para la presentación del recurso; en última instancia, la única posibilidad era solicitar el ejercicio de competencias de autoprotección de la Administración y esperar una renovación del procedimiento de licitación. El Código de Contratos Públicos de 2016 ha ordenado la eliminación de la comunicación previa: al respecto, el dictamen del Consejo de Estado había sugerido la necesidad de realizar “una reflexión final sobre la utilidad de eliminar una regla animada por claros propósitos deflacionistas”, pero el legislador nacional no tuvo en cuenta esta indicación y eliminó la comunicación previa de la intención de apelar.

ción (ANAC) la facultad de emitir dictámenes motivados en caso de que un órgano de contratación haya adoptado una medida que incurra en infracciones graves; si la parte contratante no cumple dentro del plazo asignado por la ANAC, esta última podrá presentar recurso de apelación, dentro de los treinta días siguientes, ante el juez administrativo³⁸. Es decir, el instrumento que fue propuesto por el Consejo de Estado en el dictamen del año anterior.

La posibilidad de utilizar la potestad de autoprotección como herramienta judicial también a favor de particulares suscita mucho debate en la doctrina. La doctrina clásica afirma que la autoprotección, como desvela la etimología de la palabra, está pensada como un poder discrecional conferido en interés exclusivo de la Administración pública, y por lo tanto no puede ser considerado al mismo tiempo un remedio decisorio en favor de los particulares³⁹. Más recientemente otros autores van apoyando la tesis de una Administración que, al realizar esta actividad materialmente decisoria, no actúa como autoridad portadora de privilegios en interés propio del aparato, sino que está llamada, en la dialéctica procedimental, a tomar decisiones en la búsqueda del interés público que se forma en contradicción con los ciudadanos⁴⁰. Una tesis intermedia, finalmente, considera la autoprotección como una herramienta útil para resolver conflictos en el futuro, no para resolver disputas en el pasado. Por tanto, considera la autoprotección como término medio entre la administración activa y la función judicial⁴¹. Bajo esta perspectiva, el poder de autoprotección podría lograr el interés público en el contexto de una relación duradera entre Administración y ciudadanía, más informal y participativa. Así, la autoprotección vuelve a ser un término medio entre procedimiento y proceso, con un pie en el pasado, pero un ojo en el futuro.

38. Art. 211, apdo. 1-bis, CCP: La ANAC tiene legitimidad para “emprender acciones legales para impugnar las convocatorias, y otros actos administrativos generales y disposiciones relativas a contratos de gran impacto, emitidos por cualquier poder adjudicador, si la Autoridad considera que infringen las normas de contratación pública relativas a obras, servicios y suministros”; art. 211, apdo. 1-ter: “Si la ANAC considera que un órgano de contratación ha adoptado una medida que incurre en infracciones graves a este Código, dentro de los sesenta días siguientes a la notificación de la infracción, emite un dictamen motivado en el que señala expresamente los defectos de legitimidad constatados. El dictamen se envía al órgano de contratación; si el órgano de contratación no cumple dentro del plazo asignado por la ANAC, que en todo caso no excederá de sesenta días desde el envío, la ANAC podrá presentar recurso de apelación, dentro de los treinta días siguientes, ante el juez administrativo. Se aplica el artículo 120 del Código de Procedimiento Administrativo mencionado en el Anexo 1 del Decreto Legislativo 104/2010, de 2 de julio”.

39. Benvenuti (1959).

40. Allena (2018).

41. Ramajoli (2015).

5. Remedios alternativos en la ejecución de los contratos públicos: las novedades traídas por el PNRR

El nuevo Código de Contratos Públicos (Decreto Legislativo 36/2023, de 31 de marzo, adoptado sobre la base de la Ley de delegación 76/2022, de 22 de junio), adoptado en la fase de recuperación de la crisis vinculada a la pandemia, dedica un capítulo especial a los recursos alternativos a la tutela judicial en la fase ejecutiva de los contratos públicos (como ya hacía el anterior Código de 2016), previendo las figuras de los acuerdos amistosos (art. 210-211), de la transacción (art. 212), del arbitraje (art. 213), del colegio consultivo técnico (art. 215), de los dictámenes obligatorios (art. 216), de las determinaciones (art. 217), y de los dictámenes previos a la disputa (art. 220). Sigue estando prevista en la legislación italiana, como ya lo estaba en el pasado, la prohibición generalizada de utilizar el arbitraje obligatorio y el arbitraje no ritual para todas las controversias relativas a contratos públicos.

Algunas novedades sobre las ADR en el sector público han surgido también del reciente paquete de medidas relacionadas con la emergencia sanitaria. Entre las medidas de simplificación en materia de contratación pública previstas a nivel nacional por el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia, el Decreto-ley 76/2020, de 16 de julio (medidas urgentes de simplificación e innovación digital), introduce la figura del Colegio Consultivo Técnico (CCT), que según las intenciones del legislador debería tener un papel estratégico para asegurar el relanzamiento de la economía en el escenario pospandemia. En el fondo de esta iniciativa, como de muchas otras en materia de eficiencia administrativa, se encuentra la necesidad de evitar el riesgo de que las intervenciones previstas para la actuación del PNRR no se lleven a cabo y no se logren los objetivos fijados. En esta perspectiva, el art. 6 del Decreto-ley 76/2020 establece una serie de medidas dirigidas expresamente a desalentar el recurso a los tribunales para la resolución de controversias o cuestiones que puedan surgir en la *ejecución* del contrato, con el fin de evitar que el incidente jurisdiccional comprometa o retrase la realización de las obras. El modelo principal de referencia del CCT se encuentra en el *Dispute Review Board*, de derivación anglosajona, un organismo dirigido a solucionar de forma rápida y eficaz todos los problemas que puedan afectar, desde el principio, a la ejecución de los contratos públicos⁴². Teniendo en cuenta este marco conceptual principal, el legislador establece lo siguiente:

42. Lombardini (2020: 846). Para un análisis atento del uso de los *Dispute Board* a nivel internacional, véase Otranto (2023: 93 y ss.).

- 1) Para las obras de valor igual o superior al límite europeo, el CCT debe obligatoriamente establecerse “para la resolución rápida de las controversias o conflictos técnicos de cualquier naturaleza que puedan surgir durante la ejecución del propio contrato”. Cuando sea obligatorio, el CCT requiere necesariamente la presencia del operador económico dentro de sí mismo, aunque la función del operador se limite únicamente a la consultoría.
- 2) La institución del CCT, por otro lado, es opcional para obras por debajo del límite europeo.
- 3) El CCT emite dictámenes obligatorios en los casos de suspensión de las obras a que se refiere el art. 5 (graves razones de orden público, de interés público, razones técnicas, ilícitos penales, etc.), y facultativos en los demás casos.
- 4) Los dictámenes, según los casos (808 ter cpc), pueden o no ser vinculantes para la resolución de un litigio entre la Administración y el operador económico.
- 5) El CCT también puede tomar determinaciones con carácter de laudo arbitral (ritual y no ritual) para la solución de las disputas. En este caso es necesaria la aceptación expresa y por escrito de la cláusula compromisoria por las partes, ya que existe en nuestro sistema una prohibición del arbitraje obligatorio y una exclusión del recurso al arbitraje no ritual por las disputas de derecho público.
- 6) El plazo de que dispone el Colegio para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas es de quince a un máximo de veinte días (desde la formulación de las mismas).

Con el establecimiento del CCT se quiere promover la “dejurisdiccionalización”, evitando o limitando en lo posible el riesgo de que la intervención del juez detenga o retrase la realización de obras/actividades públicas en general, y en particular las previstas por el PNRR. El CCT se presenta como un órgano consultivo constituido para velar por la realización del interés público primario en la ejecución de la obra pública, y además para proporcionar “funciones de asistencia para resolución rápida de disputas” en la ejecución del contrato. En general, la impresión es la de no estar ante un típico órgano arbitral, ni un típico órgano de mediación o conciliación, ni un típico órgano consultivo, sino un órgano judicial atípico de derecho público. La ley obliga al CCT a dictar actos de naturaleza y eficacia profundamente distintas (dictámenes, determinaciones, actos con carácter de laudo arbitral no ritual), y, por lo tanto, termina caracterizándose como órgano híbrido⁴³.

43. Sin embargo, no es la acumulación de funciones lo que representa el verdadero elemento de novedad del CCT. La novedad está constituida, en primer lugar, por la necesaria participación,

Tampoco su misión es la típica que normalmente se asocia a las ADR. El CCT ha sido introducido con el fin de no poner en peligro la consecución de los objetivos identificados en el PNRR y en el NGEU: por su origen y sus funciones no parece tanto un instrumento de deflación de la disputa, sino una técnica de aceleración de la ejecución de las obras públicas⁴⁴. Una disciplina sustancialmente análoga en relación con el CCT ha sido confirmada, con unos años de distancia, por el nuevo Código de Contratos Públicos de 2023, ya mencionado (art. 218)⁴⁵.

6. Breves conclusiones (a la luz de la peculiaridad del sistema italiano)

El eje del sistema italiano para el control de la contratación pública se encuentra en la distinción básica entre las fases de derecho público (adjudicación) y de derecho civil (ejecución) que componen dicha contratación: como se ha visto, los mecanismos alternativos a la jurisdicción (ADR) en materia de contratos públicos están en su gran mayoría concentrados en la segunda, es decir, en su fase de ejecución, donde no se encuentran intereses legítimos, sino derechos subjetivos.

El enfoque “bifásico” (derecho administrativo/derecho civil) de los contratos públicos siempre ha sido apoyado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hasta el punto de ser formalizado por el legislador⁴⁶. En doctrina se ha observado que el régimen administrativo fue confirmado por el legislador de forma casi “oportunistamente”, por ser el que mejor se adaptaba, a la luz de su carácter multipolar, a la necesidad de proteger a terceros; y, por lo tanto, el más idóneo para proteger el principio de competencia, fuertemente defendido por la Unión Europea⁴⁷.

De hecho, hay cada vez más autores que, en términos críticos con respecto al marco normativo vigente (estructura en dos fases), observan que en el procedimiento de adjudicación no hay realmente ejercicio de “poder de imperio”, y que los actos de la licitación no son realmente actos administra-

como componente del órgano decisorio, del operador económico, es decir, de la parte privada directamente interesada (*rectius*: de los miembros designados por él). En este aspecto, se advierte la voluntad de añadir un elemento de consenso al tradicional método unilateral de resolución de los recursos administrativos. El segundo elemento de novedad que se percibe, en referencia a las formas de ADR consideradas admisibles en el ámbito público, se refiere a la posibilidad de utilizar la forma de arbitraje no ritual: es decir, el CCT parece poder decidir no solo según la ley, sino también según equidad o en forma conciliatoria. Francario (2022).

44. Francario (2022).

45. Sobre el tema, véanse Otranto (2023: 306 y ss.) y Francario (2023).

46. Art. 30.8 del Código de Contratos de 2016, que incorpora las disposiciones del Código de Contratos de 2006 (Decreto Legislativo 163/2006, de 12 de abril, art. 2, apdos. 3 y 4).

47. Moliterni (2016: 418-419).

tivos⁴⁸. Si ese fuera realmente el caso, considerando la actividad de la Administración pública como expresión de la capacidad de derecho privado, la existencia de posiciones subjetivas no disponibles en la fase de adjudicación sería menos cierta.

Hay que destacar que el nuevo Código de Contratos Públicos (2023) regula en detalle el uso de recursos alternativos a la tutela jurisdiccional en la ejecución de los contratos públicos (acuerdos amistosos, transacción, arbitraje, dictámenes obligatorios, determinaciones, colegios consultivos técnicos, dictámenes previos a la disputa: arts. 210-220), pero no ha introducido ningún elemento de novedad con respecto a su formación, probablemente debido a la naturaleza de las posiciones subjetivas que caracterizan específicamente esta fase.

Por lo tanto, no parecerá excesivo concluir estas breves notas destacando cómo la contraposición entre las posiciones subjetivas (derechos subjetivos/intereses legítimos)⁴⁹, que nos acompaña desde hace más de 150 años sin interrupción y sin perspectiva de cambio (a menos que se cambie la Constitución italiana) a pesar de las críticas doctrinarias, sigue condicionando no solo la división entre las jurisdicciones (ordinaria y administrativa), sino también la introducción de técnicas alternativas a lo contencioso-administrativo (ADR), que permanecen fuertemente vinculadas a la presencia de intereses disponibles y a la ausencia del poder público, es decir —en última instancia—, a pretensiones consideradas como negociables por sus propios titulares.

7. Bibliografía

- Allena, M. (2018). *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Benvenuti, F. (1959). Autotutela (Diritto amministrativo). *Enc. dir.* (vol. IV, p. 544). Milán: Giuffrè.
- Biavati, P. (2005). Conciliazione strutturata e politiche della giustizia. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 59 (3), 785-800.
- Calabrò, M. (2017). L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle *Appropriate Dispute Resolution*. *Federalismi.it*, 10, 5-8.
- Cantone, R. y Merloni, F. (2015). *La nuova autorità nazionale anticorruzione*. Turín: Giappichelli.

48. Moliterni (2016: 418); Perfetti (2020: 150); Ricciuto y Nervi (2009: 139). Más cauta, aunque siempre crítica, la posición de Greco (2006: 72, 1986: 95 y ss.).

49. Scoca (2017).

- Cappelletti, M. (1981). Appunti su conciliatore e conciliazione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 35 (1), 49-65.
- Cintioli, F. (2009). Le tecniche di *alternative dispute resolution* nelle controversie della pubblica amministrazione. *Diritto e processo amministrativo*, 3 (4), 917-1011.
- Comporti, G. D. (coord.). (2016). *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*. Florencia: Firenze University Press.
- Corletto, D. (2015). I ricorsi amministrativi "tradizionali": difetti e possibili correttivi. En G. Falcon y B. Marchetti (eds.), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* (pp. 115-124). Trento: Università degli Studi di Trento.
- Delsignore, M. (2007). *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*. Milán: Giuffrè.
- (2011). Le ADR nell'attuazione della dir. 2007/66/CE. *Il diritto processuale amministrativo*, 29 (4), 1519-1535.
- Francario, F. (2022). Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo? *Giustizia Insieme*, 15-7-2022. Disponibile en: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2410-il-collegio-consultivo-tecnico-misura-di-semplificazione-e-di-efficienza-o-inutile-aggravamento-amministrativo?hitcount=0>.
- (2023). Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico. *Giustizia insieme*, 30-11-2023. Disponibile en: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2974-il-collegio-consultivo-tecnico-organismo-atipico-di-mediazione-e-di-conciliazione-in-ambito-pubblicistico?hitcount=0>.
- Giannini, M. S. (1988). *Diritto amministrativo* (vol. II). Milán: Giuffrè.
- Goisis, F. (2006). Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo. *Diritto processuale amministrativo*, 24.
- Greco, G. (1986). *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*. Milán: Giuffrè.
- (2006). L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi. En V. Cerulli Irelli (ed.), *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (pp. 69 y ss.). Nápoles: Jovene.
- Le Gars, J.-M. (2016). La juridiction administrative saisie par la médiation ? *AJDA*, 40, 2272 y ss.
- Lombardini, I. (2020). Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici (art. 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, cd. "Decreto semplificazioni", convertito con modifiche in l. 11 settembre 2020, n. 120). *Rivista dell'arbitrato*, 30 (4), 843-863.

- Marchetti, B. (2016). Le a.d.r. nel contenzioso dei contratti pubblici. En *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economía y contraste a la corrupción (Actas del LXI Congreso de Estudios de Ciencia de la Administración)*, pp. 425-462. Milán: Giuffrè.
- (2017). La tutela non giurisdizionale. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 423-448.
- Marone, F. (2018). *Favor arbitratus* e arbitrato amministrato in materia di contratti pubblici. *Rivista dell'arbitrato*, 28 (1), 1-20.
- Mattarella, B. (2006). Provvedimento amministrativo. En S. Cassese (dir.). *Dizionario di diritto pubblico* (pp. 4731-4741). Milán: Giuffrè.
- (2011). *Le consulte di garanzia statutaria tra amministrazione e giurisdizione. Istituzioni del Federalismo*, 4, 801-807.
- Moliterni, A. (2016). *Amministrazione consensuale e diritto privato*. Nápoles: Jovene.
- Nicotra, I. A. (2016). *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*. Turín: Giappichelli.
- Nigro, M. (1953). *Le decisioni amministrative*. Nápoles: Jovene.
- (1962). Decisione amministrativa. *Enciclopedia del diritto*, XI. Milán: Giuffrè.
- Otranto, P. (2023). *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Pajno, A. (2005). Arbitrato nelle controversie amministrative. *Enciclopedia Giuridica* (vol. II, p. 14). Roma: Treccani.
- (2015). I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale. En G. Falcon y B. Marchetti (eds.). *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*. Trento: Università degli Studi di Trento.
 - (2018). La giustizia amministrativa nel 2018. *Giornale di diritto amministrativo*, 24 (1), 9-20.
- Perfetti, L. R. (2009). Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici. *Rivista dell'arbitrato*, 19 (4), 589-640.
- (2020). Per una teoria dell'interesse pubblico nel legare per l'assegnazione dei contratti pubblici. En A. Maltoni (dir.). *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi* (pp. 143-161). Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Portaluri, P. L. (2014). Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?). *Rivista giuridica dell'edilizia*, 6, 21-38.
- Posteraro, N. (2023). *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie*. Nápoles: Editoriale Scientifica.

- Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Funzione Pubblica. (1994). *La riforma della Pubblica Amministrazione* (vol. V, *La giustizia nell'amministrazione*).
- Ramajoli, M. (2014). Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche. *Diritto Amministrativo*, 22 (1/2), 1-43.
- (2015). Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici. *Il diritto processuale amministrativo*, 33 (2), 481-506.
 - (2018). Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva. *Il diritto processuale amministrativo*, 36 (2), 557-584.
- Ricciuto, V. y Nervi, A. (2009). Il contratto della pubblica amministrazione. En P. Perlingeri (coord.). *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Sandulli, A. M. (1984). *Manuale di diritto amministrativo*, 2. Nápoles: Jovene.
- Scoca, G. (1991). La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri. En U. Draetta (coord.). *Arbitrato e pubblica amministrazione*. Milán: EGEA.
- (2017). *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Torino: Giappichelli.
 - (2019). L'arbitrato nelle controversie con la pubblica amministrazione: prospettive. *Giurisprudenza italiana*, 171 (5), 1263-1270.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *REALA*, 18, 119-136.

CAPÍTULO XII

El control de la contratación pública en Alemania¹

M. Mercè Darnacullea Gardella

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universitat de Girona*

SUMARIO. **1. Consideraciones previas sobre el derecho alemán de contratación pública.** 1.1. El régimen jurídico de los encargos públicos en la tradición alemana. 1.2. La influencia del derecho de la Unión Europea en el desarrollo del derecho de la adjudicación (*Vergaberecht*). 1.3. Precisiones terminológicas y conceptuales. **2. La adjudicación de contratos en Alemania.** 2.1. La adjudicación de encargos públicos de cuantía inferior al umbral europeo. 2.2. La adjudicación de contratos públicos armonizados. **3. El control de la adjudicación de los contratos públicos en Alemania.** 3.1. Los órganos de recurso. 3.2. Los efectos suspensivos de la interposición del recurso. **4. La naturaleza jurídica de las cámaras de adjudicación (*Vergabekammern*).** 4.1. Las cámaras de adjudicación como autoridades administrativas independientes. 4.2. El régimen jurídico aplicable a los procedimientos de revisión ante las cámaras de adjudicación. 4.3. La naturaleza jurídica de la decisión de las cámaras de adjudicación. 4.4. La revisión judicial de los actos de las cámaras de adjudicación. 4.5. La caracterización subjetiva y funcional de las cámaras de adjudicación. **5. Conclusiones.** **6. Bibliografía.**

1. Esta contribución se inserta en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PID2019-106255GB-I00) "Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales". El acceso a la bibliografía alemana se ha visto facilitado por la renovación de una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, para la realización de una estancia de investigación en la Universidad de Constanza.

1. Consideraciones previas sobre el derecho alemán de contratación pública

La aproximación al derecho alemán de contratación pública presenta algunas dificultades específicas, particularmente para el jurista español. Estas dificultades tienen que ver con las diferencias existentes entre ambas tradiciones, que parten de un régimen jurídico y un universo terminológico en materia de contratación radicalmente opuestos. En realidad, de no ser por la armonización operada a raíz de las directivas europeas no resultaría procedente utilizar la expresión “contrato público” para referirse a los contratos de obra, suministro y servicios en el derecho alemán.

1.1. El régimen jurídico de los encargos públicos en la tradición alemana

La expresión “contrato público” no tiene una equivalencia plena, ni desde una perspectiva semántica ni desde una perspectiva morfológica, ni, mucho menos, desde una perspectiva jurídica, con la expresión alemana *öffentliche Auftrag*, que es la que se ha utilizado como equivalente a “contrato público” en las traducciones oficiales de las directivas europeas². La expresión *öffentliche Auftrag* significa literalmente “encargo público”, de modo que no incorpora el término alemán “contrato” (*Vertrag*). La traducción correcta al español de las expresiones alemanas *öffentliche Auftragsvergabe* y *Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge*, incluidas en las directivas de contratación pública, sería, respectivamente, “adjudicación de encargos públicos” y “adjudicación de encargos públicos de obra, de suministro y de servicios”.

Como complemento de ello es necesario tener en cuenta que el único tipo de contrato que posee un régimen jurídico público en Alemania es el denominado, literalmente, “contrato administrativo” (*Verwaltungsvertrag*). La institución que responde a este término en Alemania se corresponde con la figura del contrato de derecho público o, específicamente, el contrato sobre actos y potestades públicas, al que la doctrina española se refiere habitualmente con la expresión “convenio administrativo”³.

2. La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios se ha traducido por “*Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge*”, mientras que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública ha sustituido esta expresión por la de “*öffentliche Auftragsvergabe*”.

3. Véase la nota del traductor relativa a la institución del “convenio administrativo”, en la traducción al español del manual de Maurer (2011: 376).

En Alemania, las Administraciones públicas adquieren suministros, obras o servicios mediante la celebración de contratos privados de compra-venta, de arrendamiento de obra o de arrendamiento de servicios, de acuerdo con las normas del derecho civil. No existe un régimen jurídico-público específico para este tipo de contratos, de modo que no puede hablarse en propiedad de contratos públicos. La relación de las Administraciones públicas con los contratistas se rige por normas del derecho privado, de modo que, en caso de conflicto, la competencia corresponde a los tribunales de la jurisdicción civil ordinaria (Grundmann, 2004: 3).

En la tradición española, cuando el sujeto contratante es una Administración pública, el régimen jurídico propio de los contratos privados se aplica solo subsidiariamente. La adquisición de suministros, obras o servicios se rige por el régimen jurídico propio de los contratos administrativos, cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa⁴.

Las especialidades de la contratación de las Administraciones públicas en Alemania se han referido tradicionalmente a la correcta gestión de los fondos públicos⁵, razón por la cual encontraron acomodo, como se verá más adelante, en las normas presupuestarias (Boesen, 2000: 133). No obstante, no puede desconocerse que el régimen jurídico de los encargos públicos ha sufrido un progresivo proceso de publicación, particularmente en lo relativo a su licitación y adjudicación, que, por su magnitud, ha dado lugar a una discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de los contratos⁶.

4. Dejando a un lado la polémica doctrinal acerca del origen de los contratos administrativos (Martín-Retortillo Baquer, 1959; García de Enterría, 1963; Parada Vázquez, 1963), lo cierto es que las peculiaridades del régimen jurídico de este tipo de contratos se justifican por la orientación a la satisfacción de los intereses generales que persigue la Administración contratante, y la consiguiente proyección de sus prerrogativas en el marco de la relación contractual (Baño León, 2018: 15; Del Saz, 2007: 337-338).

5. La ordenación presupuestaria y la eficiencia económica en la ejecución de contratos están también presentes en el modelo español de contratación pública: Díez y Marco (2020). En realidad, el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, junto con la libertad de concurrencia, se erigen en la actualidad en los principales fines de la legislación de contratos del sector público (de acuerdo con el art. 1.1 LCSP), siendo aparentemente "la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar", un fin secundario respecto de los anteriores (art. 1.2 LCSP).

6. La doctrina mayoritaria considera que la adjudicación de los encargos públicos se lleva a cabo mediante contratos de derecho privado, aunque bajo sujeción a normas jurídico-públicas que se superponen y la condicionan. Sin embargo, algunos autores prefieren considerar que la publicación del régimen de adjudicación afecta a la naturaleza misma del contrato, transformándolo en un convenio administrativo. Progresivamente se impone la opinión de que se trata de una relación estructurada en dos niveles (adjudicación de derecho público y contrato de derecho privado), de acuerdo con la teoría de los dos niveles (*Zweistufentheorie*), que guarda

1.2. La influencia del derecho de la Unión Europea en el desarrollo del derecho de la adjudicación (*Vergaberecht*)

Por influencia del derecho de la Unión Europea, en el año 1993 se introdujo en Alemania un régimen jurídico-público para la adjudicación de los encargos públicos, mediante una modificación de los §§ 57a) a 57c) de la Ley sobre principios del derecho presupuestario (*Haushaltsgrundsätze-gesetz*, en adelante HGrG⁷) (Schoenmaker, 2019: 684).

Estas previsiones exigen la aplicación de un régimen de adjudicación de los contratos desarrollado en una serie de instrucciones administrativas internas, que no tienen parangón en nuestro ordenamiento jurídico, denominadas *Verdingungsordnungen*⁸, *Vergabeordnungen* o *Vertragsordnungen* (VO)⁹. Como ha expuesto Díez Sastre (2012: 67-68), estas disposiciones no pueden identificarse con las disposiciones administrativas internas alemanas (*Verwaltungsvorschriften*) a efectos de determinar su eficacia vinculante frente a terceros, puesto que son, en puridad, normas de carácter privado, aprobadas en el seno de comités de expertos, en los que participan representantes de las Administraciones públicas, de las cámaras sindicales y de las federaciones de empresarios. Sin embargo, parte de su contenido adquiere carácter jurídico mediante la técnica de la remisión.

En concreto, el § 57 a) HGrG, junto con el Reglamento de adjudicación (*Vergabeverordnung*, VgV) de 22 de febrero de 1994, obligaban a aplicar las disposiciones procedimentales de las VO a la adjudicación de los contratos que superaban los umbrales europeos. De este modo, y en este concreto ámbito, las normas de procedimiento de las VO pasan a tener la consideración de ley en sentido material (*materiellen Gesetzescharakter*) (Schoenmaker, 2019: 685).

muchas similitudes con la teoría francesa de los actos separables, recogida, como es sabido, por la legislación española de contratos (Maurer, 2011: 89).

7. *Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder, von 19 August 1969.*

8. En concreto, las instrucciones de adjudicación de contratos de servicios, aplicables también a los suministros (*Verdingungsordnung für Leistungen*), y las instrucciones de adjudicación de contratos de obras públicas (*Verdingungsordnung für Bauleistungen*).

9. *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*, para los contratos de obra; *Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen*, para los contratos de servicios; y *Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen*, para determinados contratos de servicios profesionales. Estas instrucciones han sido aprobadas, respectivamente, por el *Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen*, el *Deutsche Verdingungsausschuss für Leistungen*, y por los Ministerios Federales de Economía y Tecnología y de Tráfico, Construcción y Fomento, con la colaboración del *Ausschuss zur Erarbeitung der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen* (Burgi, 2007: 741).

Por su parte, el § 57 c) HGrG se remitía al Reglamento de revisión (*Nachprüfungsverordnung*) de 22 de febrero de 1994. Este reglamento atribuía a unos órganos administrativos, creados por la Federación y los estados, denominados *Vergabeprüfstellen* (órganos de revisión de la adjudicación), la revisión de la adjudicación de los contratos situados por encima de los umbrales europeos. A su vez, las decisiones de estos órganos podían revisarse, únicamente con respecto a cuestiones de derecho, por las *Vergabeüberwachungsausschüsse* (comisiones de control de la adjudicación), creadas también por el *Bund* y los *Länder* (Grundmann, 2004: 21-22).

Esta solución fue considerada contraria al derecho comunitario¹⁰, de modo que la correcta trasposición de las primeras directivas de contratación de la Unión Europea¹¹ se produjo finalmente mediante la Ley de modificación de las bases para la adjudicación de encargos públicos, de 26 de agosto de 1998 (*Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge, Vergaberechtsänderungsgesetz*).

Esta ley, cuyos rasgos generales se mantienen hasta la actualidad, modificó los §§ 97 y siguientes de la Ley de defensa de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en adelante *GWB*)¹².

La denominada “solución presupuestaria” (*haushaltsrechtlichen Lösung*) fue sustituida así por la “solución de la competencia” (*wettbewerbliche Lösung*). La regulación de los encargos públicos en Alemania se alineó de este modo con los objetivos de la Unión Europea, mediante la intro-

10. En concreto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de agosto de 1995, en el asunto C-433/93, declaró que la República Federal de Alemania había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Tratado CE, al no haber adoptado dentro de los plazos señalados las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para el cumplimiento de las exigencias derivadas de la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE, y de la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.

11. 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; Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

12. La extensión y la densidad del régimen jurídico de la adjudicación de encargos públicos se han ido intensificando a lo largo del tiempo, mediante la aprobación, entre otras, de las sucesivas leyes de modernización de la contratación pública (*Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts*) en los años 2009 y 2016 (Bergman y Vetter, 2016) y de digitalización del derecho de la competencia de 2021 (*Digitalisierungsgesetz*).

ducción de mecanismos tendentes a garantizar los derechos subjetivos de los licitadores, entre los que destaca la creación de unos nuevos órganos independientes de revisión de las adjudicaciones, las *Vergabekammern* o cámaras de adjudicación (Grundmann, 2004: 23).

La modificación de la GWB supuso la incorporación de un nuevo título IV, relativo a la adjudicación de encargos públicos y concesiones (*Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen*). El título IV de la GWB está dividido en dos capítulos. El capítulo 1 (§§ 97 a 154 GWB) regula el procedimiento de adjudicación de encargos públicos y concesiones (*Vergabeverfahren*). El capítulo 2 regula la vía de recurso, bajo la denominación de “procedimiento de revisión” (*Nachprüfungsverfahren*), y se divide, a su vez, en tres secciones: la sección primera (§§ 155 a 159 GWB) se refiere a las autoridades encargadas de la revisión (*Nachprüfungsbehörden*), que son las cámaras de contratación pública o cámaras de adjudicación (*Vergabekammern*); la sección segunda (§§ 160 a 170 GWB) regula el procedimiento ante las cámaras de adjudicación (*Verfahren vor der Vergabekammer*); y la sección tercera (§§ 171 a 184 GWB), bajo el elocuente título de reclamación inmediata (*Sofortige Beschwerde*), regula las vías de recurso ante la jurisdicción ordinaria.

En el capítulo 1 del título IV de la GWB se incorporan una serie de normas materiales y procedimentales para la adjudicación de los contratos que superan el umbral económico que delimita el ámbito de aplicación de las directivas, ofreciendo por primera vez una tutela legal efectiva a los empresarios que aspiran a la adjudicación de un encargo público¹³.

Sobre la base de los §§ 97.6 y 126 GWB, el 9 de enero de 2001 se aprobó el reglamento de adjudicación de encargos públicos, conocido como reglamento de adjudicaciones (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, Vergabeverordnung* o VgV) (Alexander, 2011: 787).

Además, con el objeto de mantener una regulación en cascada (*Kaskadenprinzip*) que, partiendo de la ley y su desarrollo reglamentario, culminase con las instrucciones internas, se mantuvo la vigencia de las *Verdingungsordnungen* (VO) (Kau, 2005; Schoenmaker, 2019: 688).

13. La doctrina alemana ha analizado en profundidad esta nueva regulación, cuyo contenido se esboza en esta contribución, a los meros efectos de contextualizar las funciones y la posición institucional de las *Vergabekammern*. Para mayor profundidad pueden consultarse, entre otros: Boesen (2000) y Burgi *et al.* (2022).

1.3. Precisiones terminológicas y conceptuales

La armonización del régimen de adjudicación de los contratos celebrados por las Administraciones públicas y los demás poderes adjudicadores operada por las directivas europeas, con su decidida orientación hacia la competencia¹⁴, ha venido acompañada también de una suerte de armonización terminológica. En las traducciones oficiales de la Unión Europea, la adjudicación de encargos públicos (*Vergabe öffentliche Aufträge*) es traducida habitualmente como adjudicación de contratos públicos, y el conjunto de normas jurídicas que regulan la adjudicación de dichos encargos (*Vergaberecht*) se traduce como derecho de la contratación pública, a pesar de la falta de correspondencia jurídica de estas instituciones con la noción de contrato público manejada por los operadores jurídicos españoles. El término *Vergaberecht* debería traducirse como “derecho de la adjudicación”, puesto que se refiere al conjunto de las disposiciones legales que deben observar los poderes adjudicadores para la adjudicación de obras, bienes y servicios (Díez Sastre, 2012: 34; Burgi et al., 2022: Rn.1).

El control del cumplimiento de las normas relativas a la adjudicación de contratos públicos, como se analizará con detalle en esta contribución, se atribuye a las denominadas *Vergabekammern*. En coherencia con ello, la traducción literal de *Vergabekammern* es “cámaras de adjudicación”, que son los órganos de revisión de la “adjudicación de encargos públicos” o, utilizando el lenguaje armonizado, de la “adjudicación de contratos públicos”, por lo que podrían calificarse también como “cámaras de contratación”. En las traducciones oficiales de la Unión Europea, se opta habitualmente por dejar la denominación de estos órganos de control en alemán, en particular si se refieren a una cámara en concreto (por ejemplo: *Vergabekammer Baden-Württemberg* o *Vergabekammer Nordbayern*). En este texto nos referiremos a las *Vergabekammern* como “cámaras de adjudicación”.

2. La adjudicación de contratos en Alemania

El régimen jurídico de la adjudicación de encargos públicos en Alemania es un régimen dual, que depende de la cuantía de los contratos. Las nor-

14. La nueva orientación de la contratación pública hacia la competencia, derivada de la necesaria incorporación de las directivas europeas, que exigen el cumplimiento de concretas reglas tendentes a garantizar la publicidad y la transparencia en los procedimientos de adjudicación (Directiva de contratos del sector público) y proteger los derechos de los licitadores (Directiva de recursos), no debería suponer un menoscabo del cumplimiento de otros fines, compartidos por la legislación contractual alemana y española, como la ordenación presupuestaria y la eficiencia económica de la ejecución de los contratos, así como la prevención de la corrupción.

mas derivadas de la denominada “solución de la competencia” se aplican únicamente a los contratos que superan el umbral económico que delimita el ámbito de aplicación de las directivas de contratación pública, y que suponen entre un 10 y un 20 por ciento de las adjudicaciones públicas (Burgi, 2007: 738). Los contratos situados por debajo de los umbrales europeos —que representan la gran mayoría en la práctica— y los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la GWB siguen siendo regulados de acuerdo con las normas derivadas de la “solución presupuestaria” (Díez Sastre, 2010: 109).

Asimismo, es importante señalar que las normas relativas a la contratación situada por encima de los umbrales europeos se aplican a los denominados “poderes adjudicadores”, mientras que las reglas de adjudicación conforme al derecho presupuestario afectan únicamente a los entes adjudicadores tradicionales: la Federación (*Bund*), los estados (*Länder*), los municipios y las entidades de derecho público vinculadas a ellos (Díez Sastre, 2010: 110).

Esta dualidad de regímenes contrasta notoriamente con el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley española 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP)¹⁵. Sin embargo, se ha señalado que la trasposición de las directivas en Alemania se corresponde con la preocupación principal de la Unión Europea, que no es otra que la materialización del mercado interior. Como es sobradamente conocido, las directivas de contratos y de recursos resultan de aplicación a la adjudicación de contratos por encima de un determinado valor económico, a partir del cual el contrato resulta relevante para el mercado interior (Dörr, 2004: 707). Por debajo de los umbrales europeos, los costes de publicación a escala europea y las demás reglas de transparencia aplicables no guardan relación con el valor del contrato (Noch, 2023: Rn 115).

En cualquier caso, esta división del régimen jurídico de las adjudicaciones ha sido duramente criticada por la doctrina alemana, que ha sostenido que este sistema contradice, entre otros, los principios constitucionales de igualdad (§ 3 Abs. 1 de la *Grundgesetz*, GG) y de tutela judicial efectiva (§ 19 Abs. 4 GG) (Pietzcker, 2001: 44; Grundmann, 2004: 116; Sitsen, 2018: 654).

Sin embargo, el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) resolvió, en la sentencia de 13 de junio de 2006 (BVerfGE 116, 135, 149f), que la falta de una protección jurídica de los licitadores en las adjudicaciones de encargos públicos situadas por debajo del umbral europeo comparable a la regulada para los contratos armonizados en la GWB no vul-

15. Este aspecto, sumamente complejo, también ha sido debidamente analizado por la doctrina española. Por citar solo algunos ejemplos, véanse Díez Sastre (2016); Noguera de la Muela (2018); Santiago Iglesias (2018); Gimeno Feliu (2019).

nera la Constitución. En este sentido, se observa que la decisión del legislador alemán, que rechazó la adopción de una solución uniforme para todos los contratos públicos, se basó, por un lado, en consideraciones prácticas, derivadas de un intento de disminuir los trámites burocráticos y agilizar las inversiones, y, por otro lado, en el respaldo jurídico recibido por parte del Tribunal Constitucional Federal, cuya decisión ha llevado al legislador a considerar que no resulta necesario modificar el sistema (Schoenmaker, 2019: 694).

2.1. La adjudicación de encargos públicos de cuantía inferior al umbral europeo

Los contratos de obras, servicios y suministros de cuantía inferior a los umbrales de aplicación de las directivas europeas se adjudican de acuerdo con lo dispuesto en la legislación presupuestaria —federal, estatal o local— y en las instrucciones administrativas de contratación (*Verdingungsordnungen*, VO) (Schoenmaker, 2019: 726).

En concreto, a nivel federal, la adjudicación de contratos no armonizados se encuentra regulada en los §§ 16, 29 y 30 HGrG y en los §§ 24, 35, 54 y 55 BHO (*Bundeshaushaltsordnung* o reglamento presupuestario federal). Estos preceptos obligan a las Administraciones públicas a adjudicar los encargos públicos para la realización de una obra, la prestación de un servicio o el suministro de bienes mediante un procedimiento preestablecido. Este procedimiento incluye la obligación de licitar públicamente la adjudicación del correspondiente contrato, salvo en casos excepcionales debidamente justificados. Como señala Díez Sastre (2012: 68), únicamente cabe la adjudicación directa sin procedimiento formal: a) cuando se ha realizado un procedimiento formal sin éxito y el nuevo procedimiento no tiene visos de resultar exitoso; b) cuando solo hay una única empresa licitadora; y c) en casos de escasa cuantía¹⁶.

La legislación presupuestaria federal también dispone que la celebración de contratos de servicios, suministros y obras públicas debe regirse por disposiciones uniformes, que son desarrolladas en las VO, en concreto en

16. Como se indica en el párrafo siguiente, de acuerdo con el principio de regulación en cascada, estos aspectos se concretan en las VO. De acuerdo con la versión de 2019 del § 3a IV de la *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* (VOB), relativa a la adjudicación de contratos de obras públicas, los encargos de obras que tengan un valor contractual estimado inferior a los 3000 euros pueden adjudicarse directamente, sin procedimiento de adjudicación, siempre que se respeten los principios presupuestarios de economía y ahorro (Schoenmaker, 2019: 727).

la *Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen* (VOL), aplicable a la adjudicación de contratos de servicios y suministros, y la *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* (VOB), relativa a la adjudicación de contratos de obras públicas (Grundmann, 2004: 25-26).

La legislación presupuestaria de los *Länder* también contiene disposiciones detalladas sobre los criterios y procedimientos de adjudicación de los contratos situados por debajo del umbral europeo¹⁷. Dicha legislación obliga también a los municipios a incorporar en las respectivas ordenanzas presupuestarias la regulación de procedimientos de adjudicación que respeten los principios de publicidad y no discriminación (Schoenmaker, 2019: 726). Además, los municipios están obligados por la legislación de los *Länder* a someterse a las reglas de adjudicación contenidas en la primera parte del VOB y el VOL (Knöbl, 2009: 25).

A pesar de esta publicación del régimen jurídico de la adjudicación de encargos públicos, de acuerdo con la naturaleza jurídica privada de los contratos, la legislación alemana atribuye el control de la adjudicación de los contratos no armonizados a la jurisdicción civil.

El contraste existente entre este sistema de control y el sistema de revisión previsto para los contratos armonizados, que será analizado más adelante, ha dado lugar a un interesante debate en Alemania (Burgi, 2007). La doctrina mayoritaria sostiene que, desde una perspectiva constitucional, es necesario reconocer la extensión de la protección jurídica a todos los licitadores, aunque sea en la vía civil (Pietzcker, 2001; Grundmann, 2004; Sitsen, 2018). Según la jurisprudencia, este control debe ser ejercido por la jurisdicción ordinaria, en aplicación de la legislación contractual civil, que es la que resulta aplicable a los contratos celebrados para la adjudicación de encargos públicos.

2.2. La adjudicación de contratos públicos armonizados

Según el esquema expuesto, las disposiciones del derecho de la Unión Europea relativas a la adjudicación de contratos y las normas de derecho inter-

17. La doctrina advierte que, en los últimos años, la regulación de los procedimientos de adjudicación en la legislación presupuestaria de los *Länder* ha aumentado considerablemente (Schoenmaker, 2019: 729). La legislación de los *Länder* se ocupa principalmente de regular las obligaciones de los licitadores, las estrategias de adjudicación que puedan favorecer la promoción de la mujer, la contratación pública respetuosa con el medio ambiente, el fomento de las pequeñas y medianas empresas, la lucha contra la corrupción o la información a los licitadores. Además, suelen establecerse umbrales distintos a los fijados en la GWB para las diversas modalidades contractuales.

no adoptadas para su transposición (esto es, los §§ 97 y siguientes del GWB y el reglamento de adjudicaciones, *Vergabeverordnung*, VgV) se aplican únicamente a los encargos públicos de los poderes adjudicadores de cuantía superior a los umbrales de aplicación de las directivas europeas, de acuerdo con lo dispuesto en el § 106 GWB¹⁸.

En Alemania se ha procedido, pues, a una transposición estricta de las directivas europeas de contratación pública. El régimen de contratación pública previsto en las directivas se aplica en Alemania únicamente a los contratos de obras de más de 5 millones de euros (en concreto, después de la última actualización, de más de 5 382 000 euros) y a los contratos de suministros y servicios de más de 215 000 euros¹⁹.

Según el § 97.1 GWB, los contratos públicos y las concesiones deben adjudicarse por concurso, mediante procedimientos transparentes que respeten el principio de libre competencia (Probst, 2019). Los participantes en un procedimiento de adjudicación deben ser tratados por igual, a no ser que la GWB permita u ordene expresamente lo contrario (§ 97.2 GWB). Para la selección de los adjudicatarios deben tomarse en consideración la capacidad técnica, la solvencia y la honorabilidad del solicitante, así como la oferta económica presentada, aunque, de acuerdo con el § 97.3 GWB, cabe atender también a otros aspectos de carácter social o ambiental si así lo prevén las leyes de la Federación o de los *Länder* (Dageförde, 2013).

El ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de contratación pública se regula en el § 99 GWB y se extiende a las Administraciones públicas te-

18. Este precepto determina el ámbito de aplicación de las disposiciones de la GWB relativas a la adjudicación de encargos públicos mediante una remisión a los umbrales establecidos en las directivas europeas. Dichos umbrales se encuentran regulados en la actualidad en el Reglamento Delegado (UE) 2021/1950 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2021, que modifica la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos de obras, suministros y servicios; el Reglamento Delegado (UE) 2021/1951 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2021, que modifica la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para las concesiones; el Reglamento Delegado (UE) 2021/1952 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2021, que modifica la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos; y el Reglamento Delegado (UE) 2021/1953 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2021, que modifica la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos.

19. El régimen jurídico de adjudicación de estos contratos, debido a la armonización operada por las directivas, es equivalente al existente en el derecho español, con la particularidad, como sabemos, de que en nuestro ordenamiento se aplica también a los contratos de obras, suministros y servicios de cuantías inferiores a los umbrales establecidos en las directivas europeas de contratación.

territoriales (Federación, *Länder* y municipios), las Administraciones públicas institucionales y las entidades de derecho privado que tienen la consideración de poder adjudicador de acuerdo con las directivas europeas (Pünder, 2016a).

La regulación contenida en la GWB y el VgV no incluye, sin embargo, ninguna referencia a la naturaleza jurídica de la adjudicación. Según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, la adjudicación se formaliza, igual que antes de la transposición de las directivas, mediante un contrato de derecho privado (contrato de compraventa, de obras o de servicio) (Maurer, 2011: 89). Por esta razón cuando nos referimos a la “adjudicación de contratos públicos” en Alemania estamos hablando en realidad de la “adjudicación de encargos públicos, mediante un contrato privado, por parte de un poder adjudicador”.

En el derecho alemán la adjudicación y la celebración del contrato se producen en el mismo acto, de modo que, de acuerdo con el principio de *pacta sunt servanda*, la adjudicación ya realizada eficazmente no puede anularse. Esta norma, recogida en el § 168.2 GWB²⁰, supone que no existe un acto administrativo de adjudicación susceptible de impugnación autónoma, de modo que la tutela del licitador únicamente procede con anterioridad a la adjudicación²¹.

Para adecuar esta regulación a las exigencias de las directivas de recursos²², la reforma de la Ley de modernización del derecho de la adjudicación de contratos públicos de 2009 introdujo un nuevo precepto, el § 101.a) GWB, que refuerza la obligación del poder adjudicador de informar a los licitadores del sentido de la adjudicación provisional, y establece un plazo de espera de 15 días entre la adjudicación provisional y la definitiva, que supone la celebración del contrato (Reider, 2011a). Esta regla se encuentra en la actualidad recogida en el § 134 GWB, en la versión derivada de la Ley

20. § 168.2 GWB: “*Ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden*”. Versión introducida por la Ley de digitalización de la competencia de 18 de enero de 2021 [*Fassung aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18.01.2021 (BGBl. I S. 2), in Kraft getreten am 19.01.2021*].

21. Compárese este régimen jurídico con la evolución de la legislación española sobre este aspecto, expuesta en esta misma obra (Darnaculleta y Ramos, 2024).

22. 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; y 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.

de modernización del derecho de adjudicación de contratos públicos de 2016²³, y se completa con la contenida en el § 135 GWB, que sustituye al § 101.b) GWB, y que establece que un contrato es ineficaz desde el inicio si se ha infringido el § 134 GWB o se ha adjudicado directamente a una empresa sin publicar previamente un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (Reider, 2011b)²⁴.

La garantía efectiva del respeto a los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia en la contratación pública se completa con el reconocimiento de un derecho subjetivo de los licitadores al debido cumplimiento de las normas relativas a la adjudicación de contratos públicos (§ 97.6 GWB)²⁵. Para hacer efectivo este derecho, el capítulo II del título IV de la GWB regula un procedimiento de revisión (*Nachprüfungsverfahren*), cuyo conocimiento se atribuye a las denominadas cámaras de adjudicación (*Vergabekammern*).

3. El control de la adjudicación de los contratos públicos en Alemania

En el capítulo II del título IV de la GWB (§§ 155 y siguientes) se regula el procedimiento de control de la adjudicación de contratos públicos (*Nachprüfungsverfahren*), que se caracteriza por la doctrina alemana como un procedimiento de tutela judicial especial configurado en dos o en tres niveles (Burgi, 2007).

Este régimen de control, en coherencia con el ámbito de aplicación del régimen jurídico de la adjudicación de encargos públicos, es aplicable únicamente a los contratos que superan los umbrales de aplicación de las

23. De acuerdo con el § 134 GWB, relativo a los deberes de informar y esperar: "El poder adjudicador debe informar sin demora, por escrito, a los licitadores cuyas ofertas no vayan a ser aceptadas sobre el nombre de la empresa cuya oferta vaya a ser aceptada, de las razones en las que se basa la no aceptación de su oferta y de la fecha más temprana para la celebración del contrato. Esto también se aplica a los candidatos que no hayan recibido información sobre el rechazo de su candidatura antes de que se haya enviado la notificación de la decisión de adjudicación a los licitadores afectados. El contrato no podrá celebrarse hasta transcurridos 15 días naturales desde el envío de la información prevista en el apartado 1. Si la información se envía por fax o por medios electrónicos, el plazo se reduce a diez días naturales. El plazo empieza a contar a partir del día siguiente al envío de la información por el poder adjudicador; el día de recepción por el licitador y el candidato de que se trate es irrelevante".

24. § 135 GWB: "*Ein öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber: 1. gegen § 134 verstoßen hat oder; 2 den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist*".

25. § 97.6 GWB: "*Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden*".

directivas de contratación (§ 159 GWB) (Pietzcker, 2001; Grundmann, 2004; Sitsen, 2018).

3.1. Los órganos de recurso

En primera instancia, el control de la decisión administrativa de adjudicación de un encargo público que supere los umbrales de las directivas europeas corresponde a las denominadas cámaras de adjudicación (*Vergabekammern*). Las *Vergabekammern* son unos órganos administrativos especializados, que se configuran como autoridades administrativas funcionalmente independientes, equivalentes a los tribunales administrativos de recursos contractuales²⁶.

En segunda instancia, el acto administrativo mediante el que se resuelve un procedimiento de revisión por una cámara de adjudicación puede ser recurrido ante la Sala de Adjudicaciones (*Vergabesenat*) del Tribunal Superior del *Land* (*Oberlandesgericht*), que es la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria de los *Länder* y que, por regla general, resuelve definitivamente.

Sin embargo, en algunos casos, la cuestión puede llegar a un tercer nivel de revisión. En concreto, cuando el Tribunal Superior de un *Land* desea apartarse de la decisión del Tribunal Superior de otro *Land* o de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof* o BGH), puede plantear una cuestión ante este órgano, que es la instancia judicial superior de la República Federal de Alemania en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y, por lo tanto, la última instancia en procedimientos civiles y penales.

Obsérvese que, a pesar de que las cámaras de adjudicación son órganos administrativos, y su resolución, como se analizará con detalle más adelante, tiene la consideración de acto administrativo, la revisión de sus decisiones no se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a la jurisdicción ordinaria, en correspondencia con la naturaleza jurídico-privada de los contratos mediante los que se articulan los encargos públicos.

La retención de la competencia por parte de la jurisdicción civil impide someter a la jurisdicción contencioso-administrativa una regulación que, en opinión de muchos, forma parte del derecho administrativo, tanto desde una perspectiva subjetiva como material. La cuestión no es en absoluto pa-

26. Para contrastar las similitudes y las diferencias de la trasposición de la vía de recurso en España con la trasposición alemana que se describe en las siguientes páginas, véanse, por todos, Díez Sastre (2012) y Santamaría Pastor (2015).

cífica. La Asociación de jueces y juezas alemanes de lo contencioso-administrativo (*Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterin-nen* –BDVR–) ha criticado públicamente la asignación de la competencia en materia de contratación pública a la jurisdicción ordinaria, destacando que la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa favorecería la seguridad jurídica y el desarrollo de principios procesales más acordes con el derecho de la Unión Europea sobre contratación pública (Schoenmaker, 2019: 725).

En esta línea, existe también diversa jurisprudencia de los tribunales superiores de lo contencioso-administrativo (*Oberverwaltungsgerichte*) que, en aplicación de la teoría de los dos niveles (*Zweistufentheorie*)²⁷, intenta extender su competencia para la revisión de los actos previos a la adjudicación de los contratos (Burgi *et al.*, 2022: Rn. 22).

3.2. Los efectos suspensivos de la interposición del recurso

Estos medios de impugnación tienen efecto suspensivo, de modo que la adjudicación definitiva al contratista (bien sea el mismo al que se adjudicó el contrato u otro distinto) solo puede realizarse después de la conclusión del procedimiento de revisión. En concreto, de acuerdo con el § 169.1 GWB, la notificación al poder adjudicador de la admisión del recurso por parte de la *Vergabekammer* activa la prohibición de adjudicación del contrato hasta que la cámara de adjudicación resuelva y haya expirado el plazo para recurrir. El efecto suspensivo se proyecta, por tanto, hasta la firmeza de la decisión de la cámara de adjudicación (Díez Sastre, 2012: 150). A diferencia de lo previsto en la legislación española (Darnacullela y Ramos, 2024: 261), la GWB no prevé la nulidad de las adjudicaciones que vulneran esta prohibición.

Para que este efecto suspensivo no produzca un retraso temporal desproporcionado se prevén unos plazos breves, tanto para la impugnación de las adjudicaciones (de quince días en la mayoría de los casos) como para la conclusión del procedimiento de revisión ante las cámaras de adjudicación (de un máximo de cinco semanas), en coherencia con las previsiones de las

27. La teoría de los dos niveles fue desarrollada inicialmente por Hans Peter Ipsen en 1956, en su monografía *Öffentliche Subventionierung Privater*. Según este autor, en aquellos casos (como en el otorgamiento de subvenciones en Alemania) en los que, en la celebración de un contrato privado entre la Administración y un particular, subyace una relación de derecho público, dicha Administración no puede eludir el derecho público en lo que atañe a la competencia y el procedimiento de adjudicación. El régimen jurídico público de los aspectos relativos a la competencia y el procedimiento determina también la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre estos aspectos (Wolff *et al.*, 2017: Rn. 67).

directivas de recursos. No obstante, el poder adjudicador, a petición de la empresa adjudicataria, puede solicitar el levantamiento de la prohibición de adjudicar el contrato si considera que las consecuencias adversas de retrasar la adjudicación hasta que haya concluido el recurso superan las ventajas asociadas (§ 169.2 GWB)²⁸. La cámara de adjudicación deberá decidir si procede o no la ejecución inmediata de la adjudicación con base en la ponderación de los intereses en juego. En concreto, deberá tomar en consideración el interés general en el cumplimiento de las tareas de la entidad adjudicadora, así como las perspectivas generales del licitador de obtener el contrato. Sin embargo, no necesariamente y en todos los casos deben ser tomadas en consideración las perspectivas de éxito del recurso.

Tras esta ponderación existen varias posibilidades. En caso de que el órgano de recurso autorice la adjudicación, el recurrente puede recurrir al tribunal competente (*Oberlandesgericht*) para solicitar que se restablezca la prohibición de adjudicar el contrato. En caso de que el órgano de recurso deniegue el levantamiento de la prohibición, el poder adjudicador también puede dirigirse al *Oberlandesgericht* para que resuelva su petición. En ambos casos el tribunal debe resolver las peticiones conforme a los intereses en juego.

De acuerdo con el § 169.3 GWB, si la cámara de adjudicación detecta la existencia de una vulneración de los derechos reconocidos en el § 97.6 GWB que va más allá de la adjudicación impugnada, puede adoptar las medidas provisionales adecuadas que eliminen dicha vulneración para evitar que se produzcan daños a los interesados. Estas medidas pueden mantenerse hasta la adjudicación y son directamente ejecutivas, sin que quepa su impugnación autónoma.

Si la entidad adjudicadora alega la existencia de circunstancias específicas y excepcionales, relativas a adjudicaciones relacionadas con aspectos de defensa o seguridad, la prohibición de adjudicación prevista en el apartado 1 del § 169 GWB dejará de aplicarse cinco días hábiles después de la notificación al solicitante del correspondiente escrito. La notificación será efectuada de forma inmediata por la cámara de adjudicación tras la recepción del escrito. La prohibición de adjudicación puede ser restablecida, previa solicitud del recurrente, por el tribunal competente (*Oberlandesgericht*). Las deci-

28. Esta previsión, que supone el levantamiento de la suspensión y la ejecución inmediata de la adjudicación (*Sofortvollzug*), debe ponerse en conexión con el § 80.2.4 de la VwGO (*Verwaltungsgerichtordnung*, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), que prevé el levantamiento del efecto suspensivo derivado de la interposición de un recurso en los casos en que la ejecución inmediata del acto administrativo sea específicamente ordenada por la autoridad competente en interés público o en interés superior de una parte.

siones de la *Vergabekammer* y del *Oberlandesgericht* deberán adoptarse con base en la ponderación de los intereses en juego, en los términos de los apartados 1 y 2 del § 169 GWB (Burgi *et al.*, 2022: Rn49).

4. La naturaleza jurídica de las cámaras de adjudicación (*Vergabekammern*)

Como se ha indicado, el control en primera instancia de la adjudicación de los contratos públicos armonizados se atribuye en Alemania a las cámaras de adjudicación (*Vergabekammern*).

En Alemania existen cámaras de adjudicación que revisan las adjudicaciones realizadas por la Administración federal, y cámaras de adjudicación encargadas de revisar la actuación de los poderes adjudicadores de ámbito territorial inferior. La revisión de las adjudicaciones realizadas por la Administración federal y los poderes adjudicadores vinculados a la misma se atribuye a las cámaras federales de adjudicación (*Vergabekammern des Bundes*), mientras que el control de la adjudicación de encargos públicos y concesiones del resto de poderes adjudicadores se atribuye, en los términos establecidos en la legislación correspondiente, a las cámaras de adjudicación de los *Länder* (§ 156.1 GWB).

En la actualidad existen dos cámaras federales de adjudicación integradas en el Tribunal de Defensa de la Competencia (*Bundeskartellamt*), y una cámara de adjudicación en cada uno de los *Länder* (algunos *Länder*, como Baviera o Hamburgo, tienen dos), si bien la legislación federal deja abierta la posibilidad de que los *Länder* creen órganos de recurso conjuntos (§ 158.2 GWB). El establecimiento y la composición de las cámaras federales de adjudicación y la asignación de asuntos corresponden al presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia (§ 158.1 GWB), mientras que la creación, la organización y la dotación de personal de las cámaras de adjudicación de los *Länder* se establecen en su respectiva legislación (§ 158.2 GWB). Las cámaras de adjudicación de los *Länder* se encuentran adscritas a la respectiva organización ministerial²⁹.

29. La relación de cámaras de adjudicación existentes es la siguiente: *Vergabekammer Baden-Württemberg*, *Vergabekammer Nordbayern*, *Vergabekammer Südbayern*; *Vergabekammer Berlin*; *Vergabekammer des Landes Brandenburg beim Ministerium für Wirtschaft und Energie*; *Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen*; *Vergabekammer bei der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen - Vergaberecht, Beschaffungsstelle und Zivilrecht, Hamburg*; *Vergabekammer bei der Finanzbehörde Hamburg*; *Vergabekammer des Landes Hessen*; *Vergabekammer beim Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Gesundheit Mecklenburg-Vorpommern*; *Vergabekammer Niedersachsen beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung*; *Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster*; *Vergabekammer Rheinland bei der Bezirksregierung Köln*; *Vergabekammer Rheinland-Pfalz beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau*; *Vergabekammer des Saarlandes beim Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr*; *Vergabekammer des Freistaates Sachsen bei der Dienststelle Leip-*

La competencia de las cámaras de adjudicación se establece en función del domicilio social del poder adjudicador.

Las cámaras de adjudicación de la Federación y los *Länder* tienen atribuida la función de examinar la legalidad de la adjudicación de los encargos públicos y de las concesiones. El § 155 GWB les atribuye esta función de control en los siguientes términos: "Sin perjuicio del examen que puedan realizar las autoridades de supervisión, la adjudicación de encargos públicos y concesiones está sujeta a revisión por parte de las cámaras de adjudicación"³⁰. Como se ha indicado, esta función se atribuye únicamente en relación con los procedimientos de contratación que superan los umbrales de la Unión Europea³¹.

4.1. Las cámaras de adjudicación como autoridades administrativas independientes

Las cámaras de adjudicación se configuran en Alemania como autoridades independientes, que desarrollan su actividad bajo su propia responsabilidad. En concreto, el § 157.1 GWB establece lo siguiente: "Las cámaras de contratación llevarán a cabo sus actividades con independencia y bajo su propia responsabilidad en el marco de la ley"³².

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, las cámaras de adjudicación tienen la consideración de Administración, de acuerdo con la de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*), puesto que están integradas en el poder ejecutivo y no en el poder judicial (Schoenmaker, 2019: 723). La independencia que les reconoce el § 157.1 GWB

zig der Landesdirektion Sachsen; Vergabekammern Sachsen-Anhalt beim Landesverwaltungsamt; Vergabekammer Schleswig-Holstein beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus; Vergabekammer Thüringen beim Thüringer Landesverwaltungsamt. Información disponible en: <https://www.vergabe.de/nachpruefungsinstanzen> [última consulta: 9/12/2022].

30. En concreto, de acuerdo con el § 155 GWB: "*Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern*".

31. Los empresarios que participan en la licitación de contratos de cuantías inferiores a las establecidas en los umbrales de las directivas no tienen derecho a recurrir las decisiones de los poderes adjudicadores ante las cámaras de adjudicación. Sin embargo, existen varios pronunciamientos del Tribunal Superior de Düsseldorf que extienden la competencia de las cámaras de adjudicación a umbrales inferiores. Esta jurisprudencia ha generado una notable controversia, que la doctrina considera zanjada con los recientes pronunciamientos, en sentido contrario, de la Cámara de Adjudicación de Berlín y del Tribunal Superior de Celle (Portz, 2021: 517).

32. § 157.1 GWB: "*Die Vergabekammern üben ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung aus*".

no cambia su naturaleza, aunque permite que sean calificadas como autoridades administrativas independientes.

Esta independencia se garantiza en buena parte mediante la cualificación técnica y la duración del mandato de los miembros de las cámaras de adjudicación. De acuerdo con el § 157.2 GWB las cámaras de adjudicación están integradas por un presidente y dos asesores, uno de ellos de carácter honorario. El presidente y el asesor a tiempo completo deben ser funcionarios vitalicios con la calificación para el servicio administrativo superior, o empleados que posean una formación equivalente. Uno de los dos miembros a tiempo completo, esto es, el presidente o el asesor, debe tener la misma calificación que un juez. También se exige que los miembros de las cámaras tengan un conocimiento profundo del sistema de contratación, y, en particular, los asesores honorarios deben acreditar varios años de experiencia práctica en el campo de la contratación pública.

Las decisiones de las cámaras de adjudicación se adoptan de forma colegiada como regla general, si bien, en determinados casos que no resulten particularmente complejos, es posible que la decisión se tome de forma unipersonal (§ 157.3 GWB).

Los miembros de las cámaras de adjudicación son nombrados por un período de cinco años, adoptan sus decisiones con plena independencia, no están sujetos a instrucciones y están sometidos únicamente a la ley (§ 157.4 GWB). Los miembros de la Cámara de Adjudicación Federal son nombrados por Orden ministerial, a propuesta del presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

4.2. El régimen jurídico aplicable a los procedimientos de revisión ante las cámaras de adjudicación

El procedimiento de revisión ante las cámaras de adjudicación se regula en los §§ 160 y siguientes de la GWB. El procedimiento se inicia a solicitud del interesado; en concreto, a solicitud de la empresa licitadora que considera que ha sufrido un perjuicio derivado de la infracción de las normas de contratación pública (Eiermann, 2014).

La iniciación de los procedimientos de recurso ante las cámaras de adjudicación está sujeta a honorarios. La cuota mínima es de 2500 €, que deberán abonarse provisionalmente al presentar la solicitud. El pago anticipado es una condición previa para la notificación de la solicitud de revisión a la entidad contratante. La cuantía ingresada será reembolsada al recurrente

si finalmente prospera la reclamación presentada ante la cámara de adjudicación competente³³.

En el escrito de solicitud, junto a la identificación de la empresa que inicia el procedimiento, debe constar una descripción de los hechos, de la presunta infracción cometida por el poder adjudicador y de las pruebas disponibles (§ 161.2 GWB). Si la solicitud cumple con los requisitos de admisión³⁴ y está debidamente motivada, la cámara de adjudicación debe notificar a la entidad contratante que se ha interpuesto un recurso solicitando la suspensión de la adjudicación y recabando la información necesaria para investigar los hechos (§ 163.2 GWB). La cámara de adjudicación investiga los hechos de oficio, pero no está obligada a llevar a cabo un control exhaustivo de la legalidad de la adjudicación, sino que se limita a revisar las alegaciones de las partes (§ 163.2 GWB).

Para ello debe abrir una fase de vista oral, en una fecha determinada, en la que todas las partes tienen la oportunidad de presentar sus observaciones (§ 166 GWB). De acuerdo con el § 163 GWB son partes en el procedimiento el recurrente, la entidad adjudicadora y las empresas cuyos intereses se vean seriamente afectados por la decisión. A pesar de la importancia de la vista oral, la cámara de adjudicación puede acordar prescindir de la misma si la solicitud es inadmisibile o claramente infundada o si las partes así lo acuerdan (§ 166 GWB).

El § 165.1 GWB, en consonancia con el § 29 VwVfG, reconoce a las partes el derecho a la vista del expediente. El acceso a los documentos que integran el expediente únicamente podrá ser denegado por razones vinculadas a la protección de secretos empresariales o al deber de confidencialidad (§ 165.2 GWB). Las cámaras de contratación deben garantizar en cualquier caso

33. Esta cuantía mínima puede ser elevada hasta un máximo de 100 000 euros en supuestos excepcionales, como comenta críticamente Brauer (2009: 300).

34. De acuerdo con el § 160.3 GWB, la cámara de adjudicación debe inadmitir el recurso si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. El solicitante ha tenido conocimiento de la supuesta infracción de las normas de adjudicación antes de presentar el recurso y no se ha opuesto al poder adjudicador en un plazo de diez días naturales.
2. Las infracciones de las normas de adjudicación de contratos que se desprenden del anuncio no han sido notificadas al poder adjudicador antes de la fecha de expiración del plazo de solicitud o de presentación de ofertas indicado en el anuncio.
3. Las infracciones de las normas de adjudicación de contratos que solo se desprendan del pliego de condiciones no se han notificado al poder adjudicador antes de la fecha de expiración del plazo de solicitud o presentación de ofertas.
4. Han transcurrido más de 15 días naturales desde la recepción de la notificación del poder adjudicador de que no tiene intención de subsanar una reclamación.

la confidencialidad de los documentos clasificados y de la información confidencial contenida en los documentos presentados por las partes (§ 164.1 GWB), y deben guardar el deber de secreto (§ 164.2 GWB).

Una vez analizadas las alegaciones de ambas partes, la cámara de adjudicación debe emitir una resolución motivada sobre el fondo, en el plazo máximo de cinco semanas desde la recepción de la solicitud (§ 167.1 GWB). El presidente puede prorrogar este plazo en casos excepcionales mediante la emisión de una declaración razonada a las partes. Estos plazos, regulados bajo la rúbrica relativa al principio de “aceleración del procedimiento” (*Beschleunigung*), se incumplen a menudo, como denuncia la doctrina (Zieckow y Siegel, 2004; Dausen y Ludwigs, 2022).

La GWB no contiene ninguna previsión sobre el régimen subsidiario aplicable al procedimiento de revisión de las adjudicaciones. Sin embargo, la doctrina considera que deben aplicarse subsidiariamente las normas generales establecidas en la *VwVfG* (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, Ley de procedimiento administrativo) (Stelkens *et al.*, 2018).

4.3. La naturaleza jurídica de la decisión de las cámaras de adjudicación

El procedimiento de revisión finaliza con la decisión de la cámara de adjudicación, en la que debe determinarse si se han infringido los derechos del licitador que ha iniciado el procedimiento y si se ha respetado el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato y, en particular, las normas de protección de la competencia contenidas en el § 97 GWB.

El control que realizan las cámaras de adjudicación es un control estrictamente jurídico y no un control de oportunidad, de modo que la decisión que pone fin al procedimiento de revisión no puede sustituir las evaluaciones del poder adjudicador en ejercicio de su discrecionalidad. El objeto de la contratación y el contenido del contrato público son cuestiones que forman parte de la autonomía privada y no se encuentran afectadas por el derecho de adjudicación (*Vergaberecht*).

La decisión de la *Vergabekammer* tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de los licitadores, ofreciéndoles una tutela efectiva, de modo que, en caso de que considere que se han vulnerado los derechos del recurrente, debe adoptar “las medidas adecuadas para remediar cualquier vulneración de derechos y evitar perjuicios a los intereses afectados” (§ 168.1 GWB). La adopción de medidas restitutorias se reserva a las cámaras

de adjudicación y a los tribunales que revisan sus decisiones (§ 156.2 GWB). Las cuestiones relativas a la tutela resarcitoria se atribuyen en exclusiva a los tribunales ordinarios, que están, no obstante, vinculados por las decisiones de los órganos de revisión (§ 179.1 GWB) (Díez Sastre, 2012: 151-153).

Como se ha indicado, la competencia decisoria de la cámara de adjudicación depende de la previa presentación de una solicitud de iniciación del procedimiento, en la que el recurrente debe concretar los hechos por los que debe revisarse la decisión del poder adjudicador antes de la suscripción del contrato. Sin embargo, la cámara de adjudicación puede analizar todos los aspectos vinculados a la legalidad del procedimiento de licitación, aunque no consten en el escrito de solicitud (§ 168.1 GWB).

Esta previsión juega en un doble sentido, puesto que, en la adopción de su decisión, la cámara de adjudicación únicamente puede examinar si se ha producido o no una vulneración de las reglas relativas al procedimiento de contratación. Ello incluye el análisis de las disposiciones del derecho nacional en materia de contratación pública (principalmente las contenidas en la GWB), pero también de las disposiciones del derecho primario y derivado del derecho de la Unión relativas a la adjudicación de contratos públicos, aunque no puede hacer un análisis general de la legalidad. Únicamente en dos supuestos las cámaras de adjudicación pueden examinar las infracciones de disposiciones ajenas a la legislación en materia de contratación pública: por un lado, si tales infracciones tienen entidad suficiente como para dar lugar a la nulidad del contrato; por otro lado, cuando se trate de infracciones de la legislación general de defensa de la competencia o la legislación sobre ayudas siempre que se produzca al mismo tiempo una infracción de la legislación sobre contratación pública.

Es importante recordar de nuevo que la solicitud de revisión debe presentarse antes de que se haya producido la adjudicación definitiva del contrato. En este sentido, como ya se ha indicado, el § 168.2 GWB dispone expresamente que un contrato que ya ha sido válidamente adjudicado no puede ser anulado, de modo que el poder de decisión de la cámara de adjudicación finaliza con la adjudicación efectiva del contrato. Una vez adjudicado el contrato solo es posible una decisión declarativa de conformidad, siempre que la solicitud de revisión se haya presentado antes de la adjudicación del contrato.

Un aspecto relevante para determinar la naturaleza jurídica de los órganos de control de la contratación pública en Alemania es el relativo a la naturaleza de la decisión que pone fin al procedimiento de revisión. De

acuerdo con el § 168.3 GWB: “La decisión de la cámara de adjudicación se adoptará mediante acto administrativo”.

Esto es, la decisión de estos órganos de control tiene la consideración de acto administrativo, en el sentido del § 35 VwVfG, de modo que le resultan aplicables las leyes de procedimiento administrativo de la Federación y los *Länder*. En particular son de aplicación las previsiones relativas a la audiencia de los interesados y la motivación del acto. También se consideran de aplicación a las decisiones de las cámaras de adjudicación las previsiones relativas a la nulidad de los actos administrativos (§ 44 VwVfG). Sin embargo, las cámaras de adjudicación no pueden revocar sus decisiones, de modo que no resultan aplicables los §§ 48 y 49 VwVfG (Burgi *et al.*, 2022: Rn. 73).

Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado del § 168.3 GWB, la ejecución de las decisiones de las cámaras de adjudicación se llevará a cabo de conformidad con las previsiones de la legislación de procedimiento administrativo relativas a la ejecución forzosa de los actos administrativos. Este aspecto, relativo a la posibilidad de ejecución forzosa de la decisión de las cámaras de adjudicación, pretende dar cumplimiento a la garantía de ejecutoriedad de las decisiones de los órganos responsables de resolver los recursos contractuales, exigida por las directivas de recursos.

4.4. La revisión judicial de los actos de las cámaras de adjudicación

Las decisiones de las cámaras de adjudicación pueden impugnarse mediante la presentación de un recurso ante la Sala de Adjudicaciones (*Vergabese-nat*) del Tribunal Superior del *Land* (*Oberlandesgericht*) (§ 171.1 GWB). Más en concreto, la revisión de las decisiones de las cámaras federales de adjudicación corresponde a la Sala de Adjudicación del Tribunal Superior de Düsseldorf; mientras que la revisión de las decisiones de las cámaras de adjudicación de los *Länder* corresponde a la sala de adjudicación establecida específicamente para esta finalidad en los respectivos tribunales superiores de justicia de cada uno de los *Länder*.

Como ya se ha indicado, los *Oberlandesgericht* son la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria de los *Länder* en materia civil, y resultan competentes para la revisión de los actos dictados por las cámaras de adjudicación en virtud del derecho de los *Länder*. Esta competencia constituye una excepción a la regla general establecida en el § 40 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VGO), que establece que el recurso contencioso-administrativo es la vía ordinaria

para resolver las controversias de derecho público, pero que, no obstante, la legislación de los *Länder* puede atribuir la competencia a otra jurisdicción, como ha ocurrido en este caso.

La impugnación de las decisiones de las *Vergabekammern* tiene lugar a través de un recurso urgente (*sofortige Beschwerde*), que debe interponerse en el plazo de dos semanas desde la notificación de la decisión de la cámara de adjudicación o del final del plazo para resolver, que se interpreta como silencio negativo (§ 171.2 GWB). La presentación del recurso tiene un efecto suspensivo sobre la decisión de las cámaras de adjudicación por un período de dos semanas, que puede ser prorrogado por el tribunal competente hasta el momento de la resolución del recurso (§ 173 GWB).

Previa solicitud escrita y motivada de la entidad adjudicadora o del licitador que ha sido designado como adjudicatario del contrato, el tribunal competente podrá permitir que prosiga el procedimiento de adjudicación y que se adjudique definitivamente el contrato si, teniendo en cuenta todos los intereses afectados, las consecuencias negativas de retrasar la eficacia de la decisión de la cámara hasta el momento de la decisión sobre la demanda superan las ventajas involucradas. El tribunal competente debe adoptar una decisión sobre la suspensión en el plazo máximo de cinco semanas. Contra esta decisión, de acuerdo con el § 176 GWB, no procede recurso alguno.

La decisión final del recurso puede anular o confirmar la decisión de la *Vergabekammer*. Si el *Oberlandesgericht* estima el recurso, anula la decisión de la cámara de adjudicación. En este caso puede adoptar una decisión sobre la adjudicación definitiva del contrato o puede obligar a la cámara de adjudicación a decidir nuevamente sobre el asunto, con la debida consideración de las opiniones jurídicas emitidas en la sentencia (§ 178 GWB).

Como regla general, contra la decisión final del tribunal no cabe ningún recurso. Sin embargo, de acuerdo con el § 179.2 GWB, si un *Oberlandesgericht* desea apartarse de la decisión del *Oberlandesgericht* de otro *Land* o de la jurisprudencia *Bundesgerichtshof*, puede plantear una cuestión ante este órgano.

En caso de que la solicitud de revisión incluya la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios, esta debe resolverse por el tribunal ordinario que, de acuerdo con el § 179.1 GWB, queda vinculado por las decisiones de los tres órganos que participan en la revisión de los procedimientos de adjudicación —*Vergabekammern*, *Oberlandesgericht* y, excepcionalmente, *Bundesgerichtshof*—.

4.5. La caracterización subjetiva y funcional de las cámaras de adjudicación

Las cámaras de adjudicación tienen la consideración de autoridades administrativas independientes, adscritas a la organización ministerial de los *Länder* o, en el caso de la Cámara de Adjudicación Federal, al Tribunal de Defensa de la competencia. De acuerdo con el análisis precedente, tomando en consideración su adscripción, su composición, la naturaleza jurídica de sus decisiones y el régimen jurídico de su actuación, cabe concluir que se trata de Administraciones públicas.

Sin embargo, la doctrina alemana cualifica las cámaras de adjudicación como órganos de revisión cuasijurisdiccionales (*gerichtsähnliche Nachprüfungsinstanz*), tanto por las funciones que realizan como por la independencia que tienen legalmente reconocida (Germelmann, 2013: 54; Pünder, 2016b: 1369; Pünder y Schellenberg, 2019: Rn 4). Ello es debido a la consideración que les ha atribuido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como órganos judiciales a los efectos de plantear una cuestión prejudicial. Este reconocimiento se produjo en la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2014, en el Asunto C-549/13, Bundesdruckerei (ECLI:EU:C:2014:2235).

En efecto, el artículo 267 TFUE, en orden a atribuir la competencia a los tribunales estatales para plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, parte de un concepto material de órgano jurisdiccional. Como puede leerse en el apartado 21 de la sentencia citada: “Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de ‘órgano jurisdiccional’ en el sentido del artículo 267 TFUE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas y su independencia con arreglo al Derecho de la Unión”. En concreto, respecto a la cuestión de determinar si la *Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg* es un “órgano jurisdiccional” en el sentido del artículo 267 TFUE, el tribunal concluye que “de los artículos 104 y 105 de la GWB, disposiciones que regulan los recursos en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos ante las *Vergabekammern*, resulta de manera evidente que estos organismos, dotados de una competencia exclusiva para conocer en primera instancia de los litigios surgidos entre operadores económicos y entidades adjudicadoras, responden, cuando ejercen la citada competencia, a los criterios recordados en el apartado 21 de la presente sentencia”.

Junto a estos criterios, la doctrina pone de relieve la independencia con la que actúan los miembros de las cámaras de adjudicación. Dicha independencia, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la independencia de jueces y tribunales, no se encuentra constitucionalmente reconocida en el § 97 GG. Las cámaras de adjudicación no se integran en el poder judicial y no tienen, por tanto, la consideración de órganos jurisdiccionales a los efectos del derecho interno. La consecuencia inmediata de ello es que, si una cámara de adjudicación tiene dudas sobre la compatibilidad de una concreta disposición de la legislación alemana de contratación pública con la Ley Fundamental, no puede plantear una cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), en virtud del § 100.1 GG.

5. Conclusiones

El derecho alemán de contratación pública, y en particular las previsiones relativas al control de la adjudicación de contratos contenidas en el GWB, están integradas por una mezcla de elementos propios no solo del derecho privado (el que regula el régimen jurídico de los contratos derivados de un encargo público) y del derecho administrativo (que regula el procedimiento de licitación y adjudicación de los contratos y las vías de recurso contra las adjudicaciones), sino también del derecho de la competencia y del derecho procesal (Burgi, 2020: 3).

Para alguien formado en el régimen de contratación pública español, sorprende en primer lugar la inexistencia de una legislación general de contratos del sector público, y la ubicación sistemática de las disposiciones de transposición de las directivas de contratos en la legislación de defensa de la competencia. Los debates abiertos por la doctrina y la jurisprudencia alemanas en relación con la competencia de la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción contencioso-administrativa, en aplicación de la teoría de los dos niveles (*Zweistufentheorie*), a la que se ha aludido incidentalmente en diversas ocasiones en este trabajo, recuerdan en algunos aspectos a la teoría francesa de los actos separables, que tiene una larga tradición en la legislación española y que resulta de aplicación a los contratos privados celebrados por los poderes adjudicadores.

Las diferencias, aparentemente irreconciliables, entre el régimen jurídico español y el alemán en relación con los contratos celebrados para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la construcción de obras públicas, se desvanecen, sin embargo, cuando nos adentramos en el análisis de los instrumentos de control de la contratación pública. La armonización derivada de la transposición de las directivas de contratación pública, por lo

menos en lo que atañe a los contratos que superan los umbrales de aplicación de dichas directivas, ha conducido a una progresiva disolución de las diferencias entre los dos sistemas, en lo relativo tanto al régimen de adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores como a los mecanismos previstos para garantizar su efectivo cumplimiento. Es más, en este caso, a pesar del amplio margen de decisión acerca de la naturaleza, administrativa o judicial, de los órganos de recurso que permiten las directivas de recursos, la solución adoptada por el derecho alemán presenta numerosas similitudes con el modelo español.

Desde una perspectiva organizativa, las cámaras de adjudicación son parte de la Administración pública y no del poder judicial. Los miembros de las cámaras son en su mayoría funcionarios de la Administración pública (en algunos casos empleados públicos o, en el caso de los miembros honorarios, colaboradores voluntarios). Las decisiones de las cámaras de contratación se caracterizan expresamente como actos administrativos, de modo que el procedimiento de revisión ante dichos órganos es un procedimiento administrativo. También la ejecución de las decisiones de las cámaras de contratación se rige por las normas aplicables a la ejecución forzosa de los actos administrativos.

Sin embargo, las cámaras de adjudicación están dotadas de independencia respecto de los poderes adjudicadores y han sido creadas de forma estable por ley, de modo que tienen la consideración de órganos jurisdiccionales a los efectos de poder plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, de acuerdo con el artículo 267 TFUE. Las funciones que tienen atribuidas y las especialidades introducidas expresamente por la GWB en relación con el procedimiento de recurso (en particular, la apertura de la vista oral) permiten observar que actúan de forma similar a los tribunales. Ello permite que se haya calificado el sistema de control de la contratación pública en Alemania como un sistema de tutela judicial especial, que se inicia con un mecanismo jurídico *sui generis* (el propio de las cámaras de adjudicación) y concluye con la vía de recurso ante una sala especial de adjudicación de la jurisdicción ordinaria.

6. Bibliografía

Alexander, C. (2011). Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV). En H. Pünder y M. Schellenberg (coords.), *Vergaberecht* (pp. 786-806). Baden-Baden: Nomos.

- Baño León, J. M.^a (2018). La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobrerregulación? *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 18, 11-19.
- Bergman, T. y Vetter, A. (2016). Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz und die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung. *Verwaltungsblatt*, 6, 221-235.
- Boesen, A. (2000). *Vergaberecht. Kommentar zum 4. Teil des GWB* (1.^a ed.). Colonia: Bundesanzeiger-Verlag.
- Brauer, E. (2009). Das Verfahren vor der Vergabekammer. *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 5, 297-300.
- Burgi, M. (2007). Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 7, 737-742.
- (2020). 20 Jahre Rechtsschutz durch Vergabekammern. Bilanz, Reformimpulse und Praxisprobleme. *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 1, 3-7.
- Burgi, M., Dreher, M. y Opitz, M. (coords.). (2022). *Beck'scher Vergaberechtskommentar. Vergaberecht. GWB 4. Teil Wettbewerbsregistergesetz*. Múnich: C. H. Beck.
- Dageförde, A. (2013). *Einführung in das Vergaberecht*. Hollfeld: Bange.
- Darnaculleta Gardella, M. M. y Ramos González, S. (2024). La revisión de oficio de la formalización del contrato como garantía de la eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales. En A. Galán Galán (dir.), *Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales* (pp. 259-297). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Dauses, M. A. y Ludwigs, M. (coords.). (2022). *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*. Múnich: C. H. Beck.
- Del Saz, S. (2007). La nueva Ley de contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas? *Revista Española de Administración Pública*, 174, 335-366.
- Díez Sastre, S. (2010). La contratación pública por debajo del umbral europeo en España y Alemania. El problema de las instrucciones internas. *Revista Ceflegal. CEF*, 117, 93-144.
- (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- (2016). Análisis de las novedades en el ámbito de aplicación de la normativa contractual. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 8, 319-358.
- Díez Sastre, S. y Marco Peñas, E. (2020). La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 125-156.
- Dörr, O. (2004). Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland. *JuristenZeitung*, 14, 703-713.

- Eiermann, H. (2014). Das Vergabenachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer BW. *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, 5, 161-171.
- García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 41, 99-129.
- Germelmann, C. F. (2013). Die Vergabekammern im System des vergaberechlichen Rechtsschutzes- Relikt oder Beitrag zu einer modernen Rechtsschutzgewährleistung? *Die Öffentliche Verwaltung*, 2, 50-60.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (2019). *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Grundmann, N. J. (2004). *Das zweigeteilte Vergabewesen – ein Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen?* [tesis doctoral]. Universidad Heinrich Heine de Düsseldorf. Disponible en: <https://docserv.uni-duesseldorf.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-2853/853.pdf>.
- Kau, M. (2005). Vergaberechtliches Kaskadenprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 16, 492-496.
- Knöbl, J. (2009). *Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte*. Berlín: Dunker & Humblot.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1959). La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes. *Revista de Administración Pública*, 29, 59-102.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- Noch, R. (2023). *Vergaberecht* (9.^a ed.). Werner Verlag.
- Noguera de la Muela, B. (2018). El ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 233-280). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Parada Vázquez, R. (1963). *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Sevilla: García Oviedo.
- Pietzcker, J. (2001). *Die Zweiteilung des Vergaberechts. Subjektive Rechte - Rechtschutz - Reform (Öffentliche Verwaltung und öffentliche Wirtschaft)*. Baden-Baden: Nomos.
- Portz, N. (2021). Zuwendungen und Vergaberecht - Zwischen Rückforderungsrichtlinien und Ermessensausübung. *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*, 5, 514-522.
- Probst, P. M. (2019). Einführung in das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte. *Juristische Schulung*, 12, 1157-1162.
- Pünder, H. (2016a). Einführung in das Vergaberecht (Teil 1) –Rechtsgrundlagen und Anwendungsbereich. *Juristische Ausbildung*, 11, 1246-1256.

- (2016b). Einführung in das Vergaberecht (Teil 2): Auswahlkriterien, Verfahrensarten und Rechtsschutzmöglichkeiten. *Juristische Ausbildung*, 12, 1358-1373.
- Pünder, H. y Schellenberg, H. (eds.). (2019). *Vergaberecht* (3.^a ed.). Baden-Baden: Nomos.
- Reider, G. (2011a). § 111.a) GWB. En F. Montag y F. Jürgen (eds.). *Münchener Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, 3 (2024-2032). Múnich: C. H. Beck.
- (2011b). § 111.b) GWB. En F. Montag y F. Jürgen (eds.). *Münchener Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, 3 (2032-2037). Múnich: C. H. Beck.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Santiago Iglesias, D. (2018). Los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. En S. Díez Sastre (ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización: especial referencia a la contratación de las entidades locales* (pp. 78-127). A Coruña: Iuris Utilitas Editorial.
- Schoenmaker, S. (2019). *Die historische Entwicklung des Vergabeverfahrens in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Von den antiken Ursprüngen bis zur Gegenwart*. Baden-Baden: Nomos.
- Sitsen, M. (2018). Ist die Zweiteilung des Vergaberechts noch verfassungskonform? *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*, 7, 654-660.
- Stelkens, P., Bonk, H. J. y Sachs, M. (coords.). (2018). *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar*. Múnich: C. H. Beck.
- Toscano Gil, F. (2022). Naturaleza jurídica particular de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: ¿administrativa, judicial o cuasi-jurisdiccional? *Revista General de Derecho Administrativo*, 61.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 119-136.
- Wolff, H. J., Bachof, O., Stober, R. y Kluth, W. (2017). *Verwaltungsrecht: Band I*. Múnich: C. H. Beck.
- Zieckow, J. y Siegel, T. (2004). Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren. *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*, 1, 30-35.

CAPÍTULO XIII

El control de la contratación pública en el Reino Unido

Adolfo Rodríguez Morilla

Abogado.

Doctor en Derecho

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. Introducción al control de la Administración en el Reino Unido. 2.1. Control a través de las *courts* y el sistema de recursos en el Reino Unido. 2.2. Control a través de los *tribunals*. 3. El control de la contratación pública en el Reino Unido. 3.1. Normativa reguladora de la contratación pública. 3.2. Régimen dual en materia de control de la contratación pública. 3.3. Aspectos orgánicos. 3.4. Aspectos funcionales. 3.4.1. *Legitimación*. 3.4.2. *Suspensión del procedimiento y medidas cautelares*. 3.4.3. *Poderes del juez*. 3.4.4. *Intensidad del control*. 4. La reforma del control de la contratación pública. 5. Abreviaturas. 6. Bibliografía.

1. Planteamiento

1. El control de los procedimientos de contratación pública es una cuestión de la máxima relevancia para el derecho de la Unión Europea. Así lo demuestra la preocupación por que los Estados miembros cuenten con procedimientos que aseguren la efectividad de las normas existentes en materia de contratación pública y que aparecen plasmadas en diversas directivas. En España esas normas han dado lugar a la implantación de un nuevo modelo de control, con la creación de los órganos de recursos contractuales y el establecimiento del recurso especial en materia de contratación (arts. 44-60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹ —en

1. La denominación completa del texto normativo es Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las

adelante, LCSP—). Este nuevo modelo se ha consolidado como el mecanismo normal de impugnación de las infracciones que afectan a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos incluidos en el ámbito de aplicación del recurso especial, siendo poco frecuentes los supuestos en que los particulares acuden directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa o en los que se recurren ante esta jurisdicción las decisiones de los órganos de recursos contractuales².

2. El objeto del presente trabajo es exponer los rasgos más característicos del modelo de control de la contratación pública existente en el Reino Unido, así como destacar sus principales diferencias con el modelo existente en España. Desde el punto de vista metodológico se trata de una comparación de carácter horizontal, receptiva y positiva. Horizontal porque se mira al derecho del Reino Unido desde el ordenamiento jurídico español, sin perjuicio de traer a colación cuestiones puntuales de la regulación de otros países de la Unión Europea. Receptiva porque contribuye a valorar los efectos que ha tenido la creación de los órganos de recursos y el recurso especial mediante su comparación con el ordenamiento del Reino Unido, en el que no se han creado figuras equiparables en materia de contratación pública. Y, finalmente, positiva, porque se centra en la regulación normativa del Reino Unido y se compara con la existente en España³.

3. A pesar del *brexit* el modelo de control que existe actualmente en el Reino Unido continúa siendo tributario del modelo adoptado para trasponer las directivas europeas. No obstante, en octubre de 2023 se aprobó una nueva normativa en materia de contratos públicos (*Procurement Act 2023*), que se espera que entre en vigor en octubre de 2024⁴. El modelo todavía vigente en el Reino Unido resulta útil para contrastar las diferentes alternativas que podían adoptarse para trasponer las directivas europeas en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. A diferencia de otros modelos, como el español o el alemán, el Reino Unido no ha establecido órganos especializados para conocer de los recursos en materia de contratación. El control de los procedimientos de contratación se ha mantenido en los órganos judiciales (*courts*), sin haberse creado un tribu-

Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. Al respecto, Díez Sastre (2020: 117). No obstante, en años posteriores se ha detectado una tendencia al alza en el número de impugnaciones. Así, Díez Sastre (2022: 137-138).

3. Sobre la metodología comparativa en el derecho administrativo, Velasco Caballero (2019).

4. Según la información facilitada por el Gobierno del Reino Unido. Disponible en <https://www.gov.uk/government/collections/transforming-public-procurement> (último acceso: 11 de junio de 2024).

nal especializado (*tribunal*), a pesar de la generalización de dichos órganos como mecanismos de control de la actividad de la Administración e incluso de disputas entre particulares⁵.

4. Por lo que respecta a la estructura de este trabajo, se comienza por hacer referencia, en términos generales, al modelo de control de la Administración con el objeto de enmarcar el ámbito en que se desenvuelve el control de la contratación pública en el Reino Unido. Después se pasa a exponer el régimen existente en materia de contratación pública y a destacar las diferencias más interesantes con el modelo existente en España. En particular, se hace referencia a la normativa aplicable en el Reino Unido, a la existencia de un modelo dual de control de la contratación pública, y se exponen los rasgos que se han considerado más relevantes desde el punto de vista orgánico y funcional. Se concluye el trabajo con una mención a la reforma de la normativa de contratación pública en el Reino Unido y a las novedades que puede suponer respecto del control de los procedimientos de contratación.

5. Por último, debe aclararse que las referencias que en este trabajo se hacen al Reino Unido deben entenderse hechas al régimen jurídico aplicable en Inglaterra y Gales. Escocia e Irlanda del Norte cuentan con regímenes similares, pero presentan diversas particularidades que, por razones de claridad expositiva, no se tratan en este trabajo⁶.

2. Introducción al control de la Administración en el Reino Unido

6. Como es bien sabido, el modelo de control de la Administración en el Reino Unido se caracteriza porque el conocimiento de los asuntos relativos a la actuación de la Administración recae en los órganos judiciales ordinarios; es decir, los mismos que conocen de las controversias entre particulares. Frente a lo que ocurre en otros países europeos, no existe una jurisdicción especializada encargada de conocer de las cuestiones de derecho administrativo. Sin embargo, esta diferencia se ha visto matizada por dos circunstancias fundamentalmente. Primero, porque los asuntos administrativos se atribuyeron en un primer momento a jueces especializados en derecho administrativo y, posteriormente, se han creado secciones especializadas dentro de

5. En este trabajo se utilizan los términos en inglés (*court* y *tribunal*) para evitar confusiones con el concepto de "tribunal" que se emplea en España y que suele referirse a órganos judiciales, aunque también existen órganos de carácter administrativo que reciben la denominación de "tribunal". Es el caso de mayoría de los órganos de recursos contractuales (como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público o el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón) y el de los tribunales económico-administrativos.

6. Sobre estas particularidades, Thompson (2018: 198).

los tribunales ordinarios⁷. En segundo lugar, por la generalización de órganos especializados (*tribunals*), a los que se atribuye el conocimiento de materias específicas relacionadas con la actuación de la Administración (por ejemplo, en materia de seguridad social), aunque no exclusivamente, ya que también conocen de litigios entre particulares (por ejemplo, en materia laboral).

7. Para exponer el modelo de control a la Administración existente en el Reino Unido se van a tratar brevemente y por separado el control que desarrollan las *courts* y el control a través de los *tribunals*. Si bien estos últimos no tienen participación en el control de la contratación pública, la mención resulta conveniente por varias razones: la generalización de estos órganos como mecanismos de control de la Administración en el Reino Unido; otros países (caso de España o Alemania) sí han creado órganos administrativos especializados para controlar el cumplimiento de las normas reguladoras de los procedimientos de contratación; y, por último, porque a raíz de la reforma de la contratación pública en el Reino Unido han surgido voces que propugnan la creación de un *tribunal* para controlar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuestión que se aborda en el último epígrafe de este trabajo.

2.1. Control a través de las *courts* y el sistema de recursos en el Reino Unido

8. Como se ha expuesto, en el Reino Unido no existe una jurisdicción especializada encargada de controlar la actuación de la Administración. Se diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, en los que bien existe una jurisdicción contencioso-administrativa, integrada en la organización judicial (caso de Alemania o de España), o bien una jurisdicción administrativa, separada de la organización judicial e integrada orgánicamente, aunque con separación funcional, en la Administración (caso de Francia). Sin embargo, al mismo tiempo existe un alto grado de especialización, dada la existencia dentro de la Corte Superior (*High Court*) de una sección especializada, la Corte Administrativa (*Administrative Court*)⁸, que forma parte de la *King's Bench Division* y que tiene atribuido el conocimiento de cuestiones

7. Thompson (2018: 230).

8. Aunque la traducción de "*court*" más ajustada a nuestro ordenamiento jurídico sería la de "tribunal", se ha traducido como "corte" para evitar la confusión con los *tribunals* existentes en el Reino Unido.

administrativas, lo que no quiere decir que sea el único órgano que conoce de asuntos en que sea parte la Administración⁹.

9. El control judicial de la actuación de la Administración recibe el nombre de *judicial review* y es una de las manifestaciones del *rule of law*. El *rule of law* comprende, por un lado, que el Gobierno actúe de acuerdo con las leyes aprobadas por el Parlamento. Y, por otro, implica que los litigios sobre la legalidad de los actos de la Administración deben ser resueltos por jueces independientes del Ejecutivo¹⁰. De este modo, el Parlamento encarga a los jueces velar por que las facultades que encomienda a la Administración se ejerzan dentro de los límites y con las finalidades correspondientes. El hecho de que el control de la Administración corresponda a los órganos judiciales ordinarios comporta que estos apliquen la ley ordinaria en las controversias en las que es parte la Administración. Así, un buen número de procedimientos en los que interviene la Administración pueden resolverse aplicando la legislación ordinaria. No obstante, determinadas actuaciones administrativas requieren recursos específicos de derecho administrativo o privilegiados (denominados *prerogative remedies*). Su denominación proviene de que, originalmente, se trataba de recursos empleados por la Corona o por otros poderes públicos en su nombre para controlar la actuación de las *courts* y de otras autoridades públicas. Más adelante, pasarían a poder ejercitarse por los particulares¹¹.

10. El modelo judicial del Reino Unido se caracteriza por contar con un conjunto de *remedies*, que se identifican con el resultado que se pretende obtener al formularlo ante los órganos judiciales¹². En este trabajo se utilizará el término “recurso”, que encaja mejor en la terminología española. El sistema de recursos previsto en el derecho del Reino Unido permite distinguir, en primer lugar, los recursos ordinarios del derecho privado, que comprenden (i) el recurso para reclamar daños (*damages*); (ii) el recurso para que se prohíba una actuación ilegal o para exigir que se realice determinada actuación (*injunctons*); y (iii) el recurso para que se declaren derechos o posiciones jurídicas concretas (*declaration*). En segundo término, los recursos específicos de derecho público (*prerogative remedies*), utilizados principalmente para controlar la acción de la Administración Pública, pero también de los órganos judiciales. Dentro de este segundo grupo de recursos se encuen-

9. Wade y Forsyth (2014: 25-26); García de Enterría Martínez-Carande (2007: 118-123). También López Ramón (2017).

10. Wade y Forsyth (2014: 15-16); y Bingham (2011: 60).

11. Wade y Forsyth (2014: 25-26, 500). Sobre el origen del control judicial sobre la Administración, véase Forsyth (2013: 3-4).

12. Lo explica así Trybus (2011: 212).

tran (i) el recurso para anular decisiones ilegales (conocido tradicionalmente como *certiorari* y en la actualidad como *quashing order*); (ii) el recurso para prohibir que se dicte una decisión o que se lleve a cabo una actuación (*prohibition* o *prohibition order*); y (iii) el recurso para exigir el cumplimiento de las obligaciones legales (originalmente *mandamus* y *mandatory order* en la actualidad)¹³. Los recursos mencionados previamente pueden ejercitarse individual o conjuntamente a través de un único procedimiento de revisión judicial (*claim for judicial review*)¹⁴. Ahora bien, la posibilidad de solicitar una indemnización (*damages*) a través del procedimiento de *judicial review* se encuentra condicionada a que se ejercite de manera simultáneamente otro de los recursos y que los daños provengan de una violación de derecho público. En caso contrario, debería ser objeto de una acción ordinaria¹⁵.

11. Debe advertirse que no todos los recursos frente a la Administración se articulan a través de una solicitud de *judicial review*, sino que recursos en los que es parte la Administración también se resuelven a través del procedimiento ordinario, similar al que puede interponerse entre los particulares. El criterio distintivo en este caso es que son objeto de *judicial review* aquellos asuntos que se consideren de derecho público. Dirimir qué cuestiones son de derecho público y derecho privado no es sencillo, y existen diferentes interpretaciones al respecto. Muy resumidamente puede señalarse que si se trata de poderes que derivan de una ley se entiende que son de derecho público, mientras que si derivan de un contrato se entiende que tienen carácter de derecho privado. En las situaciones en que esta cuestión no resulta evidente se atiende al carácter o naturaleza de las funciones ejercitadas o a las consecuencias que estas pueden tener¹⁶. Se trata de una cuestión relevante en relación con la contratación pública, pues implica que, en esta materia, la mayor parte de controversias no sean tratadas como cuestiones de derecho público, sino de derecho privado (*infra* § 21)¹⁷.

12. Junto con los recursos ordinarios y privilegiados existe un tercer grupo de recursos, que serían aquellos previstos específicamente en disposiciones legales (*statutory remedies*). Estos últimos recursos tienen el alcance y contenido que se establece en la disposición normativa correspondiente. Un

13. También forma parte de los *prerogatives remedies* el recurso para impugnar una orden de detención, que puede acordarse por autoridades administrativas o *tribunals* (conocido como *habeas corpus*).

14. Wade y Forsyth (2014: 476, 549).

15. Endicott (2018: 394). También Arrowsmith (2018: 1108).

16. Sobre esta cuestión, Craig (2016: 837-838).

17. Las remisiones internas dentro del presente trabajo se hacen identificando el número del párrafo (§) al que se efectúa la remisión.

ejemplo son los mecanismos de impugnación en materia de adjudicación de contratos públicos, que se regulan de manera específica en la normativa de adjudicación de contratos públicos y a los que se hace referencia más adelante. De este modo, una determinada actuación de la Administración podría admitir la interposición de estos recursos previstos en la normativa de manera específica, y a la vez podría plantearse una solicitud de *judicial review*. En estos casos, se ha excluido la posibilidad de interponer la *judicial review* cuando cabe emplear estos recursos específicos¹⁸.

2.2. Control a través de los *tribunals*

13. El segundo elemento característico del modelo de control de la Administración imperante en el Reino Unido es la existencia de tribunales de carácter especializado (*tribunals*). Estos órganos asumen la tarea de resolver las controversias en determinadas materias, caracterizadas generalmente por su complejidad o por suponer un elevado volumen de asuntos. Los *tribunals* conocen de aquellos recursos que tienen atribuidos expresamente (por ejemplo, en materia de inmigración, seguridad social o tributaria), y además se han atribuido funciones de *judicial review* al Tribunal Superior en determinados asuntos, que se desarrollan de forma semejante a cuando se ejercitan ante los órganos judiciales¹⁹. Las competencias de estos órganos se extienden sobre materias concretas de la actuación de la Administración, pero también sobre otras cuestiones que no son propiamente administrativas. Es el caso de las cuestiones de carácter laboral, que se atribuyen a los *Employment Tribunals*. Asimismo, los *tribunals* cuentan con poderes para conceder medidas cautelares cuando los tengan atribuidos legalmente o cuando sean competentes para conocer de una *judicial review*. También es posible que cuando se sustancie un recurso ante los mismos no tengan poderes para adoptar una medida cautelar y esta deba solicitarse a las *courts*²⁰.

14. Los *tribunals* tienen un origen remoto en el tiempo, pero proliferaron a partir del siglo XIX vinculados a las normas administrativas que regulaban diferentes sectores de actividad. Estas normas establecían también los órganos que revisarían las decisiones administrativas adoptadas en dichas materias. Estos órganos nacían estrechamente vinculados a los departamentos ministeriales a los que debían controlar, lo que suscitaba dudas sobre su

18. Arrowsmith (2018: 1014-1015).

19. Wade y Forsyth (2014: 772-773).

20. Un ejemplo se puede observar en *R (Mendes) v Secretary of State for the Home Department* [2020] EWCA Civ 924, §§ 15 y 39.

independencia²¹. Al surgir según se iban regulando sectores concretos de actividad, se crearon al margen de cualquier organización sistemática²². Su finalidad era la de permitir resolver asuntos de manera más sencilla, rápida, barata y accesible que las *courts*²³, caracterizadas por tramitar procedimientos complejos y con un coste elevado. Desde ese momento, los *tribunals* sufrirían una evolución progresiva en cuanto a su naturaleza y organización²⁴, que concluye con la aprobación en el año 2007 de la *Tribunals, Court and Enforcement Act* (en adelante, TCEA). Esta norma homogeniza la regulación de los *tribunals* y termina, al menos parcialmente, con la existencia desordenada de *tribunals*. De la regulación que introduce pueden destacarse los siguientes aspectos²⁵:

- 1) Se creó un *Tribunal Service* con el objeto de desvincular los *tribunals* de los órganos administrativos en los que se encontraban insertos hasta ese momento. Este órgano se encarga de la provisión de personal diferente al de los órganos de la Administración que debían controlar, reforzando así la posición de independencia de los *tribunals*²⁶. Posteriormente el *Tribunal Service* se fusionó con el *Court Service*, dando lugar al *Courts and Tribunal Service*.
- 2) Se refuerza el carácter independiente de los jueces de los *tribunals*. Cuentan con las mismas garantías que los jueces de los órganos judiciales. Por ejemplo, en su designación juega un papel fundamental la Comisión de Nombramientos Judiciales —*Judicial Appointment Commission*—, y solo pueden ser cesados en sus puestos por causas tasadas²⁷.
- 3) Se sistematiza la organización de los *tribunals*, al configurarse un sistema de tribunales de dos niveles: el Tribunal de Primera Instancia (*First-tier Tribunal*) y el Tribunal Superior (*Upper Tribunal*). No obstante, se mantienen al margen ciertos *tribunals*, no integrados en estos dos órganos. Tanto el Tribunal de Primera Instancia como el Tribunal Superior se encuentran divididos en salas especializadas por materias. El carácter judicial del Tribunal Superior se refuerza al establecerse como un *superior court of record* (art. 3.5 TCEA), lo

21. Véase Cane (2010: 30-31).

22. Tornos Mas (2016a: 154-155; 2016b: 805-807).

23. Wade y Forsyth (2014: 726-763).

24. Una exposición sobre esta evolución se recoge en los trabajos de Drewry (2009: 53-55); Wade y Forsyth (2014: 768-773); y Cane (2010: 46, 48). También en la exposición de Lady Hale en *R (Cart) v. Upper Tribunal* [2011] UKSC 28, §§ 22-29. En la doctrina española, Tornos Mas (2016a: 154-161).

25. Sigo la exposición de un trabajo anterior: Rodríguez Morilla (2023: 217-220).

26. Wade y Forsyth (2014: 769).

27. Tornos Mas (2016a: 160); y Harlow y Rawlings (2022: 597).

que supone, entre otras cuestiones, que pueda sentar precedentes para dar una mayor coherencia en la interpretación de las normas²⁸. Además, se le atribuyen facultades de *judicial review*, siempre que se cumplan determinadas condiciones, y actuando en estos casos como si de un auténtico órgano judicial se tratara. También se le confieren los mismos poderes, derechos, privilegios y autoridad que a la *High Court* (art. 25 TCEA).

- 4) Se simplifica el régimen de recursos en el sistema de *tribunals*. La regla general es que las decisiones del Tribunal de Primera Instancia sean recurribles, con fundamento en cuestiones de derecho, ante el Tribunal Superior. Sin embargo, este también opera como tribunal de primera instancia en determinados asuntos complejos²⁹. Además, se prevé que los propios *tribunals* puedan revisar sus propias decisiones en unos supuestos concretos.
- 5) Se configura como un modelo autónomo y cerrado, en el que los casos que pasen de los *tribunals* a las *courts* sean excepcionales. A raíz de esta configuración, la Corte Superior consideró que el Tribunal Superior era un *alter ego* de la Corte Superior³⁰. Con base en esta argumentación concluyó la posibilidad de instar la *judicial review* ante la Corte Superior frente a decisiones de los *tribunals*, pero solo en circunstancias excepcionales. La Corte de Apelación mantuvo una posición diferente en cuanto a la posición del Tribunal Superior, pero llegó a una conclusión similar en cuanto al alcance limitado que podía tener la *judicial review* frente a las decisiones del Tribunal Superior³¹. El Tribunal Supremo se pronunció también en favor de mantener la posibilidad de *judicial review* y además en unos términos algo más amplios (aunque también limitados) que los que se derivaban de las sentencias dictadas por la Corte Superior y la Corte de Apelación. Recientemente, la *Judicial Review and Courts Act 2022* ha restringido en mayor medida los supuestos en que cabe acudir a la *judicial review* ante las *courts* frente a decisiones dictadas por los *tribunals*.

15. Los elementos anteriores han llevado a que los *tribunals* se consideren parte integrante del sistema de justicia junto con los órganos judi-

28. Carnwath (2009).

29. Cane (2010: 120).

30. Así lo consideró la Corte Superior en *Cart & Ors, R (on the application of) v The Upper Tribunal & ORs* [2009] EWCH 3052 (Admin), pronunciamiento del Lord Justice Laws, §§ 37 y 94.

31. *Cart & Ors, R (on the application of) v The Upper Tribunal & ORs* [2010] EWCA 859, pronunciamiento del Lord Justice Sedley, §§ 13-21 y 35-42.

ciales³². Actúan como entidades equivalentes que desarrollan las mismas funciones³³: interpretan la ley y resuelven controversias en un sistema diseñado para funcionar de forma autónoma, sin perjuicio de que un asunto pueda terminar de manera excepcional ante las *courts*. Esta integración ha progresado hasta el punto de crear un sistema de justicia único con una judicatura unificada, que comprenda a los miembros de *courts* y *tribunals*³⁴. No deja de llamar la atención la consolidación de estos órganos en un país que se había caracterizado tradicionalmente por rechazar la existencia de una jurisdicción especializada en derecho administrativo, y donde se había censurado el sistema de justicia administrativa adoptado en Francia³⁵.

16. La configuración de los *tribunals* resulta interesante respecto de algunas de las cuestiones a las que la doctrina española ha prestado más atención en relación con la naturaleza y configuración de los órganos de recursos contractuales, y ofrece soluciones que pueden tomarse como referencia en relación con el estatuto de los miembros de los órganos de recursos, la separación de estos órganos respecto de la Administración a la que deben controlar o la dotación de personal³⁶. Más complejo sería tratar de extrapolar la naturaleza o posición que los *tribunals* tienen en el Reino Unido respecto de los órganos judiciales tradicionales, pues en el Reino Unido no existe una previsión semejante al art. 117.3 de la Constitución Española, que establece la exclusividad jurisdiccional a favor de los órganos integrantes del poder judicial (con las excepciones existentes respecto de otros órganos previstos en la Constitución, como el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas). Aunque se trata de una cuestión que excede del objeto de este trabajo, resulta interesante traer a colación dos ideas al respecto. La primera, el reconocimiento, dentro del modelo del Reino Unido, de que las funciones que desempeñan los *tribunals* son las mismas que las que realizan las *courts*. De ahí la integración de los *tribunals* dentro de un mismo sistema de justicia junto con las *courts*³⁷. La segunda, la deferencia mostrada por los

32. García Ureta (2016: 162).

33. Cane (2010: 583).

34. Véanse al respecto las declaraciones del *Lord Chancellor*, el *Lord Chief Justice of England and Wales* y el *Lord President of Tribunals: Transforming our Justice System*, efectuadas en septiembre de 2018, y *Pursuing 'One Judiciary'*, de julio de 2022.

35. Drewry (2009: 46) recoge la afirmación de Dicey relativa a que el establecimiento de un sistema de derecho administrativo separado habría supuesto una amenaza para el principio del *rule of law*. También recoge esta paradoja López Rodó (1986: 242).

36. Sobre algunas de las carencias de los órganos de recursos, Díez Sastre (2019: 122-124; 2020: 132-134) y Rodríguez Morilla (2023: 74-90, 104).

37. Sobre la naturaleza jurisdiccional de las funciones de los órganos de recursos contractuales me remito a Rodríguez Morilla (2023).

órganos judiciales españoles respecto de las decisiones de los órganos de recursos contractuales en atención a su particular configuración y funciones; en especial, en relación con la adopción de medidas cautelares para suspender la eficacia de sus resoluciones³⁸.

3. El control de la contratación pública en el Reino Unido

17. Una vez tratados algunos rasgos básicos sobre el control de la Administración en el Reino Unido, se pasa a examinar el control existente en materia de contratación pública. Con carácter previo, hay que advertir que en el Reino Unido existe una escasa litigiosidad en relación con los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos³⁹, especialmente si se compara con la litigiosidad existente en otros países europeos⁴⁰. Esta baja litigiosidad se ha explicado aludiendo a un conjunto de circunstancias: el alto coste de los procedimientos judiciales, el breve plazo para recurrir, la dificultad de obtener o mantener la suspensión del procedimiento de adjudicación mientras se resuelve el proceso principal (que no tiene carácter sumario), el temor a represalias por la entidad contratante, o la existencia de una cultura contraria a la impugnación en materia de contratación⁴¹. Se ha apuntado también como motivo el amplio grado de discrecionalidad con el que cuentan los órganos de contratación ingleses, ante las escasas normas que regulan la adjudicación de los contratos públicos⁴².

3.1. Normativa reguladora de la contratación pública

18. Las normas de control de la contratación pública en el Reino Unido tienen su origen en las directivas europeas en materia de contratación pública. Con anterioridad a las mismas el Reino Unido carecía de normas dirigidas a proteger a los licitadores en los procedimientos de adjudicación de los contratos, sin perjuicio de ciertas instrucciones u orientaciones administrativas, que tenían por finalidad prevenir la corrupción o asegurar el mejor coste/beneficio⁴³.

38. Sobre esta cuestión, véase Sibina Tomás (2019); y Rodríguez Morilla (2023: 115-139).

39. Codina García-Andrade (2014a: 340, 342); y Arrowsmith y Craven (2016: 228, 250).

40. Comisión Europea (2017). En el mismo sentido, Murray y Bickerstaff (2021: 153).

41. Al respecto, véase especialmente el trabajo de Arrowsmith y Craven (2016: 241-250). También, Codina García-Andrade (2014a: 340-341).

42. Codina García-Andrade (2014a: 340, 342).

43. Sobre esta cuestión, Arrowsmith (1990, 2017). En el mismo sentido, Schebesta (2016: 96). Trybus (2011). También sobre esta cuestión, Codina García-Andrade (2014a: 349).

19. En la actualidad la regulación sobre el control de los procedimientos de adjudicación se encuentra recogida principalmente en las cuatro normas que configuran el marco normativo básico en materia de contratación pública⁴⁴: (i) la *Public Contracts Regulations 2015* (SI 2015 No. 102) (en adelante, PCR 2015), que traspone la Directiva 2014/24/EU sobre contratación pública⁴⁵; (ii) la *Concessions Contracts Regulations 2016* (SI 2016 No. 273), que traspone la Directiva 2014/23/UE de contratos de concesión⁴⁶; (iii) la *Utilities Contracts Regulations 2016* (SI 2016 No. 274), que traspone la Directiva 2014/25/UE de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales⁴⁷; y (iv) la *Defence and Security Public Contracts Regulations 2016*, que traspone la Directiva 2009/81/CE de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad⁴⁸. En estas normas se han creado unos mecanismos específicos para impugnar las infracciones de las normas de contratación pública derivadas del derecho de la Unión Europea: es decir, se trata de *statutory remedies*, que se ejercitan al margen de las previsiones sobre la *judicial review* (*supra* § 12). Como ya se ha expuesto, estas normas subsisten tras la salida del Reino Unido de la Unión Europea con unos ajustes de pequeño calado⁴⁹, aunque se encuentra próxima su sustitución por una nueva normativa. Esta legislación resulta aplicable en Inglaterra, Gales, y también en Irlanda del Norte, mientras que Escocia cuenta con su legislación específica. En este trabajo se atenderá a la regulación que contiene la PCR 2015, que incorpora el régimen de la Directiva 2014/24/EU sobre contratación pública, si bien no existen grandes diferencias con el resto de disposiciones⁵⁰.

44. Además de las normas derivadas de las directivas europeas en materia de contratación pública, existen otras normas que también aplican a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Puede verse una relación en el Libro Verde sobre la Transformación de la Contratación Pública (Cabinet Office, 2020: 20-22).

45. Su denominación completa es Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

46. La denominación completa es Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

47. La denominación completa de esta norma es Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

48. Su denominación completa es Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

49. Arrowsmith (2021: 103; 2020: 20).

50. Arrowsmith y Craven (2016: 229).

3.2. Régimen dual en materia de control de la contratación pública

20. El régimen de control de la contratación pública en el Reino Unido tiene carácter dual. La protección es distinta según si se trata de contratos a los que resultan aplicables las PCR 2015 (o alguna de las otras normas aprobadas en trasposición de las directivas europeas) o de contratos no incluidos en su ámbito de aplicación. A los primeros les resultan de aplicación las diferentes medidas de protección que regulan las PCR 2015 y que han sido incorporadas al trasponer la Directiva 89/665/CEE sobre los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos⁵¹ (en adelante, Directiva de Recursos). De este modo, en el caso de estos contratos puede solicitarse (i) la adopción de medidas cautelares; (ii) la anulación de la decisión impugnada, junto con la posibilidad de que se ordene la modificación de la documentación contractual; (iii) la ineficacia del contrato; o (iv) una indemnización de daños y perjuicios. Además, se prevén otros mecanismos tutelares como el período de espera entre la adjudicación del contrato y su formalización (*standstill*) o la suspensión automática de la formalización del contrato cuando se recurre frente a la adjudicación. Además de estos mecanismos, también podrán utilizarse los recursos ordinarios o los recursos de carácter privilegiado, según los casos y en los términos en que se analizan más adelante.

21. En los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015 (o de otras de las normas aprobadas para trasponer las directivas europeas en materia de contratación pública) no pueden utilizarse los mecanismos impugnatorios previstos en estas. Esto no quiere decir que no quepa recurso alguno frente a los actos dictados en los procedimientos de adjudicación de estos contratos (como puede ocurrir en otros países, como Alemania)⁵², sino que las infracciones en esos casos deberán ejercitarse a través de alguno de los recursos ordinarios o de los recursos privilegiados típicos del derecho del Reino Unido expuestos previamente, en el supuesto de que sea posible utilizar la *judicial review* (véase § 10). Por tanto, podrán utilizarse los recursos de *injunction*, *declaration* y *damages*, mientras que la posibilidad de utilizar una *quashing order*, *mandatory order* o *prohibiting order* (es decir, los recursos privilegiados) solo existiría si el asunto se considera de derecho público⁵³.

51. La denominación de dicha disposición es Directiva 89/665/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, 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.

52. A este respecto, Díez Sastre (2012a: 106-107, 225-232); y Burgi (2011).

53. Arrowsmith (2018: 1105-1108).

22. En el derecho del Reino Unido la contratación de las entidades públicas se ha considerado tradicionalmente más como una cuestión de derecho privado que como una cuestión de derecho público⁵⁴, con la consecuencia lógica de entender que la *judicial review* no puede utilizarse de manera generalizada en relación con los procedimientos de adjudicación de contratos públicos⁵⁵. No obstante, se ha producido cierta evolución por parte de los órganos judiciales al considerar que la *judicial review* resultaría de aplicación en aquellos casos en que concurra un elemento suficiente de derecho público⁵⁶. Determinar cuándo concurre este requisito es una cuestión compleja⁵⁷, pero en el marco de los procedimientos de contratación se produciría cuando esté en discusión una norma de derecho público y la entidad contratante sea una entidad pública sujeta a derecho público⁵⁸. El hecho de que no proceda la *judicial review* no priva a los recurrentes de acceso a las *courts*, pero tendrán que hacerlo a través de un procedimiento ordinario, en el que puede resultar más complejo sostener la existencia de legitimación o en el que el resultado de la acción no resulte tan eficaz como podría ser de haber ejercitado un recurso a través del procedimiento de *judicial review*⁵⁹. Finalmente, en estos casos cabe también la posibilidad de reclamar una indemnización por daños, si bien su justificación resulta más compleja que cuando se reclama con fundamento en la previsión de las PCR 2015.

23. Por tanto, existe un primer nivel de protección, con mayores garantías, si el contrato se encuentra incluido en el ámbito de aplicación de las PCR 2015, y un segundo nivel, con una protección más limitada, si no lo está⁶⁰. La situación puede equipararse a lo que ocurre en España, donde la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación, con las garantías que ello supone (resolución por un órgano independiente a través de un procedimiento ágil que permite obtener tutela restitutoria)⁶¹, también se encuentra limitada a determinados contratos. En los restantes sigue siendo preciso utilizar los mecanismos impugnatorios existentes antes de la creación del recurso especial en materia de contratación y que habían

54. Codina García-Andrade (2014a: 338). También al respecto, Díez Sastre (2012a: 34); Wade y Forsyth (2014: 544-545, 677); y Harlow y Rawlings (2022: 450-453).

55. Véase Heard *et al.* (2018: 1129-1134); así como Trybus (2011: 203-204).

56. Craig (2016: 840-843).

57. Craig (2016: 842).

58. Arrowsmith (2018: 1107).

59. Craig (2016: 836).

60. Codina García-Andrade (2014a: 343, 348).

61. Sobre la tutela restitutoria y tutela resarcitoria en el marco de la contratación pública, Díez Sastre (2012a).

sido criticados por su ineficacia⁶². En todo caso, en el derecho español el número de contratos en los que cabe utilizar el recurso especial es mayor, ya que se han incluido en su ámbito de aplicación contratos no sujetos a regulación armonizada, al rebajar los umbrales de las directivas europeas (art. 44 LCSP).

3.3. Aspectos orgánicos

24. En el modelo de control de la contratación del Reino Unido la competencia para resolver las reclamaciones corresponde a los órganos judiciales ingleses (*courts*), no habiéndose atribuido su conocimiento a un *tribunal* especializado. Se trata de una cuestión significativa, dada la amplia implantación de estos en el Reino Unido (*supra* §§ 13-16) y que ha sido el modelo adoptado por otros Estados de la Unión Europea con menor tradición en el uso de tribunales administrativos especializados. Este ha sido el caso de España con los órganos de recursos contractuales o de Alemania con las cámaras de adjudicación (*Vergabekammer*). En particular, la competencia para resolver las reclamaciones en materia de contratos en Inglaterra y Gales corresponde a la Corte Superior. Dentro de este órgano y en función de la materia puede recaer en diferentes secciones. En la mayoría de los casos, los asuntos relativos a los procedimientos de contratación pública se resuelven por la Corte de Tecnología y Construcción (*Technology and Construction Court*), que es una sección especializada, dentro de la *King's Bench Division* de la Corte Superior. En aquellos casos en que se formula una solicitud de *judicial review* la competencia corresponde a la Corte Administrativa (*Administrative Court*), también integrada en la *King's Bench Division* de la Corte Superior. No obstante, como se ha señalado previamente estos supuestos resultan menos frecuentes⁶³.

25. La atribución a la Corte Superior de la competencia para conocer de las controversias en materia de contratación pública tiene dos importantes implicaciones desde la perspectiva de la eficacia del recurso o de su utilización. La primera se refiere a la inexistencia de un plazo máximo para resolución de los recursos. Esto supone que, en la práctica, los procedimientos se extiendan durante varios meses, a pesar de la existencia de un procedimiento abreviado para su tramitación. En segundo lugar, los elevados costes que conlleva la tramitación de estos procedimientos, por las tasas que deben abonarse y especialmente por los honorarios de los profesionales que de-

62. Santamaría Pastor (2015: 33, 35).

63. Heard *et al.* (2018: 1129-1134); y Trybus (2011: 203-204).

ben intervenir. En función del estudio a que se atienda, dichos costes se han cifrado en 130 000 libras o en importes superiores que oscilarían entre las 35 000 y 100 000 libras solo por la fase relativa a la suspensión y entre las 350 000 y los 2 millones de libras por el procedimiento completo⁶⁴.

26. En este caso, existe un contraste claro con el modelo español, en el que el mayor peso del control de los procedimientos de adjudicación descansa en los órganos de recursos contractuales que resuelven los recursos especiales en materia de contratación⁶⁵. Estos órganos se caracterizan por resolver en un plazo de tiempo sumamente breve (no suele exceder de dos meses) si se compara con el tiempo que puede tardar en resolverse un recurso contencioso-administrativo⁶⁶. Y, por otro lado, su coste también es limitado, pues el art. 44.7 LCSP establece su carácter gratuito y además no es necesario contar con la asistencia de abogado o procurador. Las diferencias son menores en el caso de los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación del recurso especial. En estos casos es preciso acudir a los recursos administrativos ordinarios, escasamente efectivos, o a los órganos judiciales, con el mismo problema que los del Reino Unido en cuanto a la duración de los procedimientos.

3.4. Aspectos funcionales

27. Se exponen a continuación algunos de los elementos funcionales del modelo de control de la contratación del Reino Unido que se consideran más relevantes. En concreto, se tratarán la legitimación requerida para la interposición de los recursos, el régimen de suspensión del procedimiento y la adopción de medidas cautelares, los poderes con los que cuenta el órgano judicial y la intensidad del control desplegada. En este análisis se presta particular atención a la regulación aplicable a los contratos incluidos en las PCR 2015, pues se trata de la regulación dictada para incorporar la Directiva de Recursos, lo que permite efectuar un contraste con la normativa española dictada para trasponer esa Directiva.

3.4.1. Legitimación

28. El análisis de la legitimación para recurrir exige partir de la existencia de un modelo dual que distingue entre los contratos incluidos en el ámbito de

64. Ambas cuestiones aparecen tratadas por Arrowsmith y Craven (2016: 231-233). Sobre la existencia de un procedimiento abreviado, véase Heard *et al.* (2018).

65. En este sentido y con ciertas cautelas, Díez Sastre (2022: 125-126).

66. Díez Sastre (2022: 136-137).

aplicación de las PCR 2015 y los contratos que quedan fuera de su ámbito de aplicación. Se analizan los dos supuestos por separado.

3.4.1.1. *Contratos incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015*

29. Para utilizar los mecanismos impugnatorios previstos en las PCR 2015 (medidas cautelares, anulación, declaración de ineficacia del contrato o reclamación de daños y perjuicios) el art. 91 PCR 2015 exige que la infracción de las normas se invoque por aquellos operadores económicos que sufran o estén en riesgo de sufrir una pérdida o un daño. Por tanto, la legitimación depende de un doble requisito, en línea con las previsiones del art. 1.3 de la Directiva de Recursos, que requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles, “como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”⁶⁷.

30. En primer lugar, la condición de operador económico parece que debe interpretarse con el alcance mínimo previsto en la Directiva de Recursos, sin extenderse a otros supuestos adicionales, a pesar de que el término “operadores económicos” podría interpretarse más ampliamente⁶⁸. Por tanto, solo dispondrán de legitimación para utilizar los mecanismos impugnatorios de las PCR 2015 aquellos a los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha considerado incluidos en la regulación de mínimos de la Directiva de Recursos. Esto deja fuera a los subcontratistas e implica que los miembros de un consorcio que recurren de manera individual (al margen de los restantes miembros del consorcio) solo pueden reclamar una indemnización de daños. Igualmente quedan excluidas las asociaciones representativas de intereses profesionales o comerciales⁶⁹.

31. En cuanto al segundo requisito, relativo a que el operador económico sufra o pueda sufrir un daño, ha llevado a excluir la posibilidad de impugnar aquellas infracciones que no generan un verdadero perjuicio al reclamante⁷⁰. Así, se ha negado legitimación para denunciar la falta de publicidad por quien recibió una invitación para participar en la licitación o a aquellos que recurren frente a una adjudicación cuando la estimación del

67. Han surgido voces que piden extender la legitimación prevista en la Directiva de Recursos más allá de los operadores económicos. En este sentido, Caranta (2022).

68. Arrowsmith (2018: 959).

69. Arrowsmith (2018: 955-959, 961). También Bovis (2015: 520-525).

70. Arrowsmith (2018: 959).

recurso no implicaría que resulten adjudicatarios del contrato⁷¹. En el caso de que lo solicitado sea una indemnización, al amparo de la previsión específica recogida en las PCR 2015, debe acreditarse adicionalmente que la infracción haya provocado una pérdida o un daño⁷².

32. Los operadores económicos que pueden utilizar los mecanismos impugnatorios de las PCR 2015 no pueden, con carácter general, utilizar los recursos de derecho público (*prerogative remedies*) de la *judicial review* (*supra* § 12)⁷³. La existencia de una vía de recurso prevista legalmente excluye la posibilidad de solicitar la *judicial review*⁷⁴. No obstante, personas distintas de las legitimadas de acuerdo con la PCR 2015 podrán denunciar las infracciones de las disposiciones sustantivas de las PCR 2015 a través de los recursos ordinarios y privilegiados que ofrece el derecho del Reino Unido. En particular, si se formula una solicitud de *judicial review*, bastará con acreditar que se dispone de “suficiente interés”⁷⁵. Por tanto, la legitimación en este caso sería, en principio, más amplia. Comprendería, por ejemplo, a los subcontratistas de uno de los licitadores o a organizaciones representativas de los intereses de los licitadores⁷⁶. Sin embargo, existe una tendencia a reconocer una legitimación más reducida que en otras áreas (por ejemplo, en materia de medio ambiente). En este sentido, es dudoso si se debe reconocer legitimación a contribuyentes o a miembros de las corporaciones locales contratantes afectados por el proyecto al que se refiere el procedimiento de adjudicación⁷⁷. Estas vías impugnatorias, diferentes a las previstas en las PCR 2015, son las procedentes cuando se quiere impugnar una infracción de normas en materia de contratación pública diferentes a las PCR 2015 (o las otras normas dictadas para trasponer las directivas europeas de contratación pública)⁷⁸.

33. La reducida legitimación para utilizar los mecanismos impugnatorios de las PCR 2015 contrasta con el régimen existente en el derecho español en relación con el recurso especial en materia de contratación. En nuestro ordenamiento existe una legitimación realmente amplia. En efecto, el art. 48 LCSP establece que podrá interponer el recurso especial “cualquier

71. Arrowsmith (2018: 959-960); y Codina García-Andrade (2014a: 350).

72. Arrowsmith (2018: 960).

73. Arrowsmith (2018: 1014-1015).

74. Wade y Forsyth (2014: 605-608).

75. Arrowsmith (2018: 961, 1015, 1108).

76. Arrowsmith (2018: 961-964). Asimismo, Trybus (2011: 209-210).

77. A este respecto, véase Bailey (2015). Un análisis de los diferentes pronunciamientos judiciales sobre la materia se recoge en *R. (on the application of Widely) v Waverley BC [2017] EWHC 477 (Admin)*.

78. Arrowsmith (2018: 1103-1108).

persona física o jurídica cuyos derechos e interés legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto de recurso”. Además, amplía explícitamente la legitimación a (i) las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones recurribles pudiera deducirse que en la ejecución del contrato se incumplirán por el empresario obligaciones sociales o laborales; y (ii) las organizaciones empresariales representativas de los intereses afectados. La LCSP sigue la fórmula prevista para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA–), y los órganos de recursos la han interpretado de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo⁷⁹. Así pues, se trata de una legitimación más amplia que la reconocida en el art. 1.3 de la Directiva de Recursos, como ha reconocido expresamente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁸⁰.

34. El concreto reconocimiento de legitimación tiene un carácter casuístico, y si bien se ha relacionado con carácter general con la participación en la licitación, se ha extendido en los siguientes supuestos⁸¹: (i) a empresarios interesados en participar, pero que no pueden hacerlo por existir cláusulas que se lo impidan⁸²; (ii) a asociaciones o entidades representativas de intereses colectivos, como colegios profesionales⁸³, asociaciones empresariales o profesionales⁸⁴, o sindicatos y comités de empresa⁸⁵; (iii) a los concejales de las corporaciones locales⁸⁶. En estos casos el reconocimiento de la legitimación no opera automáticamente, sino que es preciso comprobar la relación de los intereses invocados con el objeto del recurso y el procedimiento de licitación. En este sentido, por ejemplo, se ha negado la existencia de legitimación en aquellos supuestos en que no se invocaban infracciones

79. Sobre esta cuestión, Santamaría Pastor (2015: 83-85); Díez Sastre (2012b: 302). Las remisiones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo son reiteradas en las resoluciones de los órganos de recursos contractuales. Pueden verse a este respecto la RTACRC 325/2022, de 10 de marzo de 2022, rec. núm. 3/2022 C. Valenciana 1/2022, FD 4; el ATACPA 63/2021, de 14 de julio de 2021, rec. núm. RE 054/2021, FD 1; la RTARCJA 205/2022, de 25 de marzo de 2022, rec. núm. 64/2022, FD 4; o la RTCCSP 21/2022, de 2 de febrero de 2022, rec. núm. N-2021-0188, FD 5.

80. RTACRC 78/2015, de 23 de enero de 2015, rec. núm. 1085/2014, FD 4, citada por Santamaría Pastor (2015: 84).

81. Para un análisis detallado sobre la legitimación en el marco del recurso especial en materia de contratación me remito a los trabajos de Díez Sastre (2012b); Santamaría Pastor (2015: 82-101); y Candela Talavero (2020).

82. A este respecto, véase la doctrina recogida en la RTACRC 325/2022, cit., FD 4.

83. RTCCSP 21/2022, cit., FD 5, así como las resoluciones citadas en esta resolución.

84. RTARCJA 44/2022, de 21 de enero de 2022, rec. núm. 328/2021, FD 2.

85. Vicente Dávila (2017: 128-129).

86. Véanse al respecto los trabajos de Díez Sastre (2012b), crítica con la fórmula para reconocer legitimación a los concejales; y de Vicente Dávila (2017: 131-135).

de la normativa de contratación pública, que es la que delimita el ámbito de competencias de los órganos de recursos contractuales⁸⁷. De esta forma, en nuestro ordenamiento no parece que la legitimación pueda dar lugar a diferentes vías de impugnación, sino que quedará en manos del interesado en recurrir el optar por la vía del recurso especial (cuando proceda) o acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. En la mayoría de los casos la vía escogida es la primera⁸⁸.

3.4.1.2. Contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015

35. En el caso de los procedimientos para la adjudicación de contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015, los recursos ejercitables son tanto los recursos ordinarios (*declaration, injunction, damages*) como los privilegiados (*quashing order, mandatory order y prohibition order*). Por tanto, en aquellos casos en que quepa una solicitud de *judicial review* cualquier interesado en recurrir por alguna de dichas vías (sea un operador económico u otro tipo de interesado) tendrá legitimación si tiene interés suficiente, de forma similar a lo expuesto previamente para los supuestos de recurrentes distintos de los legitimados conforme a la PCR 2015 (*supra* § 33). En aquellos casos en que no es posible formular una solicitud de *judicial review* es posible que la legitimación sea menor, ya que en el caso de los recursos ordinarios lo normal es exigir que quien lo ejercite sea titular de un derecho⁸⁹.

3.4.2. Suspensión del procedimiento y medidas cautelares

36. Uno de los elementos más aplaudidos del régimen del recurso especial en materia de contratación en España es su configuración como un mecanismo de tutela restitutoria⁹⁰. El licitador o cualquier otro interesado va a poder impugnar los pliegos o la adjudicación del contrato (entre otros actos del procedimiento de adjudicación) con una certeza prácticamente total de que su recurso se resolverá antes de que el contrato se formalice y, por tanto, de que el resultado del recurso influirá en el procedimiento de licitación. Si se trata de un empresario interesado en la adjudicación del contrato, el recurso especial permitirá corregir aquellas infracciones que puedan impe-

87. En este sentido, RRTACRC 1205/2019, de 28 de octubre de 2019, rec. núm. 1208/2019 C.A. Comunidad Valenciana 256/2019, FD 4; y 469/2020, de 2 de abril de 2020, rec. núm. 243/2020, FD 3.

88. Díez Sastre (2020: 117).

89. Wade y Forsyth (2014: 584).

90. Díez Sastre (2012a: 153).

dirle o limitarle el acceso a dicha adjudicación. Esta situación se produce tanto por la vía de la suspensión automática de la formalización del contrato cuando se impugna el acto de adjudicación, como por la suspensión del procedimiento de adjudicación cuando se solicitan medidas cautelares al recurrirse otros actos del procedimiento de adjudicación (por ejemplo, los pliegos o la exclusión del procedimiento). El cambio respecto de la situación anterior es radical. Antes de la implantación del recurso especial (y también en la actualidad respecto de aquellos contratos en los que no cabe recurso especial) los recursos contencioso-administrativos se tramitaban generalmente sin suspender la adjudicación del contrato. Esto suponía en la mayoría de los casos que el contrato se ejecutase en paralelo a la tramitación del recurso contencioso-administrativo, y que, en muchos casos, su ejecución hubiese concluido cuando se dictase la sentencia definitiva. Esto implicaba que los recurrentes que obtenían una sentencia definitiva favorable se vieran limitados a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, condicionada habitualmente a que pudiesen acreditar su derecho al contrato, lo que resultaba complejo en algunos casos y sencillamente imposible en otros⁹¹.

37. Teniendo esto en cuenta, resulta especialmente relevante atender a cómo se ha resuelto esta cuestión en el derecho del Reino Unido. Para ello debe tenerse en cuenta la necesidad de diferenciar entre los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015 y los que no lo están.

3.4.2.1. *Contratos incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015*

38. Con anterioridad a la reforma del año 2009, en la que se traspuso la Directiva 2007/66, de 11 de diciembre de 2007 (en adelante, Directiva 2007/66)⁹², que modificaba la Directiva de Recursos, en el Reino Unido existía una situación similar a la española antes de crearse el recurso especial en materia de contratación. Las impugnaciones de los actos dictados en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no llevaban aparejado un efecto suspensivo sobre las adjudicaciones. Para suspender el procedimiento de adjudicación era preciso solicitar al órgano judicial que acordase una medida cautelar. La adopción de dicha medida cautelar dependía de la apreciación por el órgano judicial de los criterios generales para la adop-

91. Sobre esta cuestión, Santamaría Pastor (2015: 34). También, Rodríguez Morilla (2023: 55-60).

92. 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.

ción de medidas cautelares, recogidos en el asunto *American Cyanamid*. La aplicación de los criterios recogidos en dicho asunto implica realizar un test relativamente similar al que llevan a cabo los órganos judiciales contencioso-administrativos españoles cuando deben resolver sobre la adopción de una medida cautelar. Los requisitos son los siguientes⁹³: (i) la cuestión de fondo debe tener la seriedad suficiente, es decir, tener unas mínimas posibilidades de prosperar; (ii) la obtención de una indemnización no debe ser un medio de tutela adecuado para el recurrente (lo que guarda relación con el requisito de la irreparabilidad del daño en el derecho español)⁹⁴; (iii) debe poder constituirse una contragarantía, para hacer frente a los perjuicios que la adopción de la medida cautelar podría conllevar; y (iv) deben ponderarse los diferentes intereses en conflicto, valorando los perjuicios para el interesado en que se acuerde la medida cautelar, los intereses públicos involucrados y los intereses de terceros.

39. Obtener la suspensión de los procedimientos de adjudicación resultaba complejo por (i) el escaso margen de tiempo para preparar la solicitud de suspensión, pues era preciso solicitarla antes de la formalización del contrato, sin que en ese momento existiese un plazo de *standstill*; y (ii) la dificultad de cumplir con los requisitos para la adopción de la medida cautelar, en particular porque la ponderación de intereses solía decantarse a favor de los intereses públicos y porque en ocasiones se consideraba que la indemnización resultaba un medio de tutela adecuado para el recurrente⁹⁵. Las razones expuestas en este punto (ii) coinciden con los motivos por los que los órganos judiciales rechazaban acordar medidas cautelares en relación con las impugnaciones producidas en el marco de los procedimientos de adjudicación⁹⁶. Con el agravante de que la formalización del contrato implicaba en la práctica que este ya no pudiese impugnarse con fundamento en las infracciones que se hubiesen cometido en el procedimiento de adjudicación.

40. Se generaba así una situación en la que era prácticamente imposible impugnar las infracciones de los procedimientos de adjudicación, salvo para solicitar una indemnización. Este era un fenómeno que se reproducía en varios de los Estados miembros de la Unión Europea. Como reacción a

93. Sobre estos requisitos y su aplicación en los casos de contratación pública, véanse Arrowsmith y Craven (2016: 234-237); Henty (2019b); Dobson *et al.* (2021: 146); Pritchard (2022: 174-188); y Codina García-Andrade (2014b).

94. Lo señala así Codina García-Andrade (2014b).

95. Al respecto, Trybus (2011: 215).

96. Puede verse al respecto el ATS de 27 de febrero de 2007, rec. núm. (pieza de suspensión) 188/2006, ponente: R. Fernández Valverde, FD 5. Esta cuestión aparece tratada con más detalle en Rodríguez Morilla (2023: 56-57).

esta situación, la Directiva 2007/66 introdujo diversas modificaciones en la Directiva de Recursos, para evitar que la firma acelerada de los contratos hiciese irreversibles las consecuencias de la formalización del contrato⁹⁷. Con esa finalidad se introduce la necesidad de dejar transcurrir un plazo de tiempo entre la adjudicación del contrato y su formalización (*standstill*), completándolo con la obligación de facilitar a los licitadores información suficiente para que puedan impugnar la decisión de adjudicación. Además, se prevé que la interposición del recurso frente a la adjudicación produzca la suspensión automática de la formalización del contrato, hasta que el órgano competente para resolver decida sobre el fondo del asunto o se pronuncie sobre el levantamiento de dicha medida de suspensión (art. 2.3 de la Directiva de Recursos).

41. En el año 2009 se modificaron las normas de contratación del Reino Unido para trasponer la Directiva 2007/66. Se incorporan el período de *standstill* (art. 87 PCR 2015) y la suspensión automática de la formalización del contrato cuando se impugna la decisión de adjudicación (art. 95 PCR 2015)⁹⁸. De acuerdo con lo previsto en la Directiva 2007/66, la suspensión puede extenderse hasta la finalización del procedimiento de revisión judicial o hasta que el órgano judicial acuerde levantar la medida de suspensión⁹⁹. Hasta aquí el régimen es similar al de España. Sin embargo, las diferencias surgen a partir del momento en que se produce dicha suspensión. En el caso del ordenamiento jurídico español es posible que el órgano de recursos levante la suspensión (art. 56.3, tercer párrafo, LCSP), pero es algo que no suele producirse en la práctica. El órgano de recursos mantiene la suspensión del procedimiento (y lo mismo suele ocurrir cuando ha adoptado medidas cautelares frente a un acto distinto a la adjudicación) hasta que dicta resolución sobre el fondo del asunto. Sin embargo, en el caso del Reino Unido es frecuente que el órgano de contratación solicite el levantamiento de la suspensión automática (art. 96.1 PCR 2015). En este caso, el juez va a aplicar el test habitual para resolver sobre la adopción de medidas cautelares. El mismo que se aplicaba antes de la reforma de 2009 para decidir la suspensión de la formalización del contrato, el recogido en el asunto *American Cyanamid*¹⁰⁰.

42. Por un lado, es cierto que la incorporación de la Directiva 2007/66 produce un efecto positivo para los licitadores, ya que se traslada al ór-

97. Considerando (4) de la Directiva 2007/66.

98. Henty (2010: NA 117).

99. Trybus (2011: 215-216).

100. Codina García-Andrade (2014b).

gano de contratación la carga de fundamentar la necesidad del levantamiento de la suspensión¹⁰¹. Pero el problema, desde el punto de vista de la efectividad, es que en el Reino Unido, a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos —casos de Francia, Alemania y España, por ejemplo—, el juez del Reino Unido suele acordar el levantamiento de la suspensión automática la mayor parte de las veces en que así se solicita por los órganos de contratación¹⁰². En este sentido, se atribuye un mayor peso al interés público que subyace en la celebración y ejecución del contrato, teniendo en cuenta la demora que supondría la tramitación del procedimiento de adjudicación¹⁰³. Y es que, dado que no existe un procedimiento de breve duración equiparable al que existe en España (y en otros países europeos), el juez se enfrenta con la decisión de mantener la suspensión de la adjudicación durante un periodo próximo al año, que es lo que podría tardar en resolverse el procedimiento judicial¹⁰⁴. En otras ocasiones el levantamiento de la suspensión se ha fundamentado en la ausencia del requisito de la imposibilidad del pleno resarcimiento de los daños, al admitir que cabría una indemnización de daños y perjuicios. No obstante, este es un requisito que presenta más modulaciones. Así, en aquellos casos en que se ha acreditado que los perjuicios no consistían solo en la pérdida de los beneficios económicos derivados de la ejecución del contrato, los órganos judiciales ingleses han entendido que la indemnización de daños y perjuicios no era adecuada y, por tanto, no excluía la posibilidad de mantener la suspensión¹⁰⁵. A este respecto, los licitadores no solo obtienen un beneficio económico de la ejecución, sino otros beneficios más difíciles de cuantificar (solventía para futuros contratos, prestigio empresarial, etc.).

101. Trybus (2011: 215-216).

102. Parece que la suspensión se mantendría en menos de una tercera parte de los casos. A este respecto, Arrowsmith y Craven (2016: 237) aluden a que en dos terceras partes de los supuestos en que se realiza la ponderación o el balance de intereses se negaría la suspensión. Pritchard (2022: 173) señala que solo en el 27 % de los casos analizados se acordaría mantener la suspensión.

103. Sobre esta cuestión, Arrowsmith y Craven (2016: 233); y Henty (2019b). Un ejemplo en el que la prevalencia de los intereses públicos fue el elemento determinante para el levantamiento de la suspensión se analiza por Henty (2019a). Otro ejemplo en el que se tienen en cuenta la relevancia de los intereses públicos y los problemas derivados de la duración del procedimiento se recoge en la Sentencia *Exel Europe Ltd. v University Hospitals Coventry and Warwickshire NHS Trust* [2010] EWHC 3332 (TCC), analizada por Codina García-Andrade (2014b).

104. Arrowsmith y Craven (2016). Según Comisión Europea (2017: 37), el modelo de control del Reino Unido era el sexto con una mayor duración de entre los diferentes países de la Unión Europea, con una duración cercana a los 300 días. Este plazo aparece recogido en Arrowsmith y Craven (2016: 233); y en Cabinet Office (2020: 60-61).

105. Arrowsmith (2018: 998-1002).

43. A la hora de dar esa mayor prevalencia a los intereses públicos resulta evidente que la inexistencia de un procedimiento de corta duración influye en dicha apreciación. No es lo mismo dejar sin adjudicar un contrato durante unas semanas o un par de meses que hacerlo durante un periodo cercano al año. Y esto resulta especialmente relevante en el derecho del Reino Unido, pues una vez levantada la suspensión, el contrato podrá formalizarse. A partir de ese momento, los mecanismos para obtener tutela restitutoria quedarían sin utilidad y a los licitadores perjudicados solo les quedará la alternativa de reclamar una indemnización. Por este motivo, es frecuente que los litigios no continúen una vez que el órgano judicial ha acordado el levantamiento de la suspensión. El contraste entre el modelo del Reino Unido y el existente en España evidencia la suma importancia de que el procedimiento para resolver sobre la infracción de las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación tenga una duración breve. De lo contrario se limitan las opciones de paralizar el procedimiento de contratación y con ello se impide la obtención de una tutela de carácter restitutorio, que es la preferida por los licitadores¹⁰⁶.

44. Hasta ahora se ha tratado la posibilidad, admitida en el Reino Unido, de que la impugnación de la adjudicación conlleve la suspensión automática de la formalización del contrato. Junto con dicha medida, el art. 96 PCR 2015 regula la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares diferentes a la suspensión automática del procedimiento y que pueden ser esencialmente de dos tipos:

- 1) La suspensión del procedimiento de adjudicación en supuestos diferentes a cuando se impugna la adjudicación (en la que procede la suspensión automática). Es el caso, por ejemplo, de que se impugnen algunas de las previsiones de los documentos rectores de la licitación.
- 2) La suspensión de la ejecución de alguna decisión o actuación adoptada por la entidad contratante durante el procedimiento de adjudicación. Sería el caso de la exclusión de un licitador, de modo que este podría solicitar que se le mantenga en el procedimiento de adjudicación hasta que se resuelva sobre la legalidad o no de su exclusión.

45. En estos casos, para la adopción de las referidas medidas cautelares se aplican los mismos criterios analizados previamente al tratar el levantamiento de la suspensión automática (*American Cyanamid*), si bien deberá

106. A este respecto, Díez Sastre (2012a: 81).

ser el licitador u operador económico el que formule la solicitud ante el órgano judicial.

46. La suspensión automática del procedimiento y la posibilidad de instar las medidas cautelares solo juegan a favor de las personas legitimadas conforme a las reglas de las PCR 2015 a las que se ha hecho referencia con anterioridad (§§ 28-35). Quienes no cuenten con dicha legitimación deberán recurrir a la solicitud de medidas cautelares de manera similar a si se tratase de un contrato no incluido en el ámbito de aplicación de las PCR 2015, supuesto que se examina a continuación.

3.4.2.2. *Contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015*

47. En el caso de los contratos no incluidos en el ámbito de las PCR 2015 no operan las garantías previstas para evitar una rápida formalización del contrato; es decir, ni aplica el plazo de *standstill* ni la suspensión automática de la formalización cuando se recurre la adjudicación del contrato¹⁰⁷. Por tanto, solo es posible paralizar la formalización del contrato solicitando a los órganos judiciales la adopción de medidas cautelares. Dicha solicitud se tramita y resuelve de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25 de las Reglas del Procedimiento Civil (*Civil Procedure Rules 1998/3132*). Para ello, los órganos judiciales aplican la doctrina *American Cyanamid*, referida anteriormente¹⁰⁸. Por tanto, si ya es complejo evitar el levantamiento de la suspensión automática respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, más aún resulta obtener la suspensión cuando debe solicitarse por el licitador que denuncia una infracción de las normas de contratación y disponiendo de un margen escaso de tiempo para solicitarlas.

3.4.3. Poderes del juez

48. En el apartado anterior se han tratado los mecanismos de los que disponen los licitadores para paralizar los procedimientos de adjudicación y evitar así la consolidación de situaciones jurídicas derivadas de la formalización del contrato. A continuación se expone cuál es el alcance de los poderes de los jueces para controlar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, distinguiendo según se trate de contratos incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015 o no incluidos en las mismas.

107. Arrowsmith (2018: 1114).

108. Al respecto, Henty (2019b: NA215).

3.4.3.1. Contratos incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015

49. Cuando se trata de contratos incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015 los operadores económicos legitimados pueden usar los mecanismos de recurso específicos contemplados en esta disposición y que derivan de las previsiones de la Directiva de Recursos. Estos mecanismos consisten, de acuerdo con el art. 97 PCR 2015, en (i) instar la anulación de las decisiones ilegales u ordenar la modificación de cualquier documento, con el objeto de obtener tutela de carácter restitutorio; (ii) que se declare la ineficacia del contrato; y (iii) solicitar daños por la infracción cometida. Se hace referencia a cada una de dichas medidas separadamente.

3.4.3.1.1. Anulación de la decisión o modificación de los documentos de la licitación

50. El principal poder del que disponen los jueces ante las actuaciones ilegales que afectan a los procedimientos de adjudicación es anular la decisión o actuación impugnada u ordenar a la entidad contratante la modificación de la documentación rectora del procedimiento de licitación. En la toma de la decisión sobre si anular o no una determinada decisión de un procedimiento de adjudicación los órganos judiciales del Reino Unido pueden tomar en consideración otras cuestiones más allá de la mera legalidad de la decisión, como si obtener una indemnización por los daños ocasionados pudiese ser una solución suficientemente adecuada, o tener en cuenta los perjuicios que sobre el interés público podría tener la anulación de un determinado acto. Por otro lado, se excluye con carácter general que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre qué licitador debe resultar adjudicatario del contrato, salvo en aquellos supuestos en que exista una evidencia clara de que el contrato debe adjudicarse a un licitador concreto¹⁰⁹. Y lo mismo ocurre con la posibilidad de corregir los documentos de la licitación, en los que solo se incluirían aquellas correcciones que claramente habrían formado parte de la documentación contractual si no se hubiese cometido la infracción¹¹⁰.

51. La excepcionalidad de que el órgano que ejercita el control se pronuncie sobre el licitador que debe resultar adjudicatario del contrato es una posición similar a la existente en la jurisdicción contencioso-administrativa

109. Sobre estas cuestiones, Arrowsmith (2018: 1009-1013).

110. Arrowsmith (2018: 1013).

española. En nuestro país, cuando un órgano judicial anula una adjudicación lo normal es que no resuelva qué licitador debe resultar adjudicatario, al tratarse de una cuestión donde habitualmente entra en juego la discrecionalidad de la Administración, y, por tanto, aplicaría la prohibición de determinar el contenido discrecional de los actos anulados (art. 72.1 LJCA)¹¹¹. No obstante, puede darse el caso de que se haya producido un agotamiento de la discrecionalidad y el órgano judicial determine quién debe ser el adjudicatario¹¹². Por ejemplo, cuando todos los criterios de valoración tienen carácter automático; o cuando el adjudicatario es excluido de la licitación por el órgano judicial por falta de solvencia y tiene en ese caso la posibilidad de adjudicar la licitación al siguiente clasificado. Más limitada es la posición de los órganos de recursos contractuales, que han asumido de manera tajante una función totalmente revisora, sin que en ningún caso entren a determinar el adjudicatario del contrato¹¹³.

3.4.3.1.2. Declaración de ineficacia del contrato

52. A raíz de la reforma del año 2009, destinada a trasponer la Directiva 2007/66, se incluyó la posibilidad de declarar la ineficacia de aquellos contratos que adolecieran de los vicios que se habían establecido en la Directiva de Recursos. Hasta ese momento, una vez que el contrato se había celebrado el único recurso que cabía plantear era la reclamación de daños, salvo en casos excepcionales en los que se pudiese apreciar la existencia de fraude o mala fe¹¹⁴. De acuerdo con el art. 99 PCR 2015, los vicios que permiten instar la ineficacia del contrato son los siguientes:

- 1) La adjudicación de un contrato sin publicar el anuncio de licitación cuando dicha publicación era necesaria.

111. A este respecto, véase la STS de 12 de febrero de 2020, rec. núm. (casación) 3226/2916, ponente: F. J. Borrego Borrego, FFDD 2 y 6.

112. STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de diciembre de 2020, rec. núm. 599/2017, ponente: I. Donate Valera, FD 7, en la que se consideró que procedía reconocer el derecho del recurrente a la adjudicación del contrato, pero se sustituye este derecho por una indemnización de daños y perjuicios.

113. El carácter revisor de los órganos de recursos contractuales aparece reconocido en múltiples resoluciones de estos órganos. Por ejemplo, la RTACRC 1092/2017, de 17 de noviembre de 2017, rec. núm. 683/2017 C. Valenciana 119/20, que afirma expresivamente que “[h]emos repetido incontables veces que este Tribunal solo tiene una función revisora”. En la jurisprudencia, STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de diciembre de 2020, cit., FD 6. Y en la doctrina, Santamaría Pastor (2015: 65-69, 196); Santiago Fernández (2018: 841-843); y Sibina Tomàs (2019: 434-438).

114. Trybus (2011: 213, 220-225).

- 2) El incumplimiento del plazo de *standstill* o de la suspensión automática del procedimiento de contratación tras la interposición de un recurso. En este caso, para apreciar la ineficacia se exige que, además, concurren otros requisitos, en línea con lo previsto en la Directiva de Recursos: que se haya producido una vulneración de las normas de contratación, y que el incumplimiento del plazo de *standstill* o la suspensión automática haya impedido iniciar un procedimiento frente a dicha infracción o continuarlo hasta su debida finalización antes de la formalización del contrato.
- 3) La adjudicación de contratos derivados de acuerdos marco o de sistemas dinámicos de adquisición con infracción de los requisitos aplicables, siempre que el valor estimado del contrato sea igual o superior a los umbrales que determinan la aplicación de las PCR 2015.

53. Las consecuencias de la declaración de ineficacia son de carácter prospectivo. Se extienden solo respecto de las obligaciones pendientes de cumplir en el momento en que se efectúe la declaración de ineficacia, pero no respecto de las obligaciones ya ejecutadas (art. 101.1 PCR 2015), si bien deberá imponerse a la entidad contratante el pago de una penalidad de carácter económico (art. 102.1 PCR 2015). Además, la regulación contempla que las partes en un contrato puedan regular sus derechos y obligaciones ante una eventual declaración de ineficacia, así como que el órgano judicial pueda regular los términos concretos en que debe ejecutarse la pérdida de eficacia del contrato¹¹⁵. Finalmente, se prevé que los órganos judiciales no declaren la ineficacia en aquellos casos en que se aprecien razones imperiosas de interés general (*overriding reasons relating to a general interest*), en línea con lo previsto en la Directiva de Recursos. En estos casos, deberá imponerse una penalidad de carácter económico o bien el acortamiento de la duración del contrato (apdos. 2 y 3 del art. 102 PCR 2015)¹¹⁶.

54. La principal diferencia con el régimen existente en España es que en nuestro ordenamiento se contempla la posibilidad de solicitar, a través del recurso especial, la nulidad del contrato una vez formalizado. La nulidad puede solicitarse cuando se han producido las infracciones previstas en la Directiva de Recursos (falta de publicación del acuerdo, incumplimiento del período de espera hasta la formalización, infracción de la suspensión automática, o incumplimiento de las normas de adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición), así

115. Arrowsmith (2018: 1029-1032).

116. Arrowsmith (2018: 1032).

como por otras causas no derivadas de la Directiva de Recursos (por ejemplo, la falta de capacidad de obrar o de solvencia del contratista o la carencia o insuficiencia de crédito), conforme al art. 39.2 LCSP. De acuerdo con el art. 42.1 LCSP, los efectos previstos cuando se declara la nulidad del contrato son que este entrará en fase de liquidación, lo que implica que las partes deberán restituirse recíprocamente las cosas recibidas en virtud del mismo. Si esto último no fuese posible, se deberá devolver su valor. Es decir, a diferencia de lo previsto en el Reino Unido se establece una eficacia de carácter retroactivo, en coherencia con su denominación como nulidad del contrato.

3.4.3.1.3. Indemnización de daños

55. Por lo que respecta a la posibilidad de reclamar daños (tutela resarcitoria), los licitadores tienen abierta esa posibilidad tanto antes como después de la formalización del contrato. En aquellos casos en que se haya celebrado el contrato y en este no concurra una causa de ineficacia será el único recurso a su disposición (arts. 97.2.c] y 98.2c] PCR 2015). Dado lo difícil que resulta mantener la suspensión de la formalización del contrato (*supra* §§ 42 y 43), en ocasiones la reclamación de daños es el único recurso de que disponen los licitadores perjudicados¹¹⁷. La responsabilidad por daños recibe igual tratamiento que los procedimientos de daños por infracción de un deber legal (*breach of statutory duty*), habiéndose exigido por los órganos judiciales del Reino Unido que el incumplimiento tenga la entidad suficiente¹¹⁸. La indemnización debe permitir situar al operador económico en una posición similar a la que tendría si el daño no se hubiera producido. Por tanto, si consigue acreditar que debía haber sido el adjudicatario del contrato, tendrá derecho a que se le indemnicen los beneficios que habría obtenido del contrato, así como otros beneficios que le habrían correspondido si hubiese resultado adjudicatario (por ejemplo, los beneficios de otros contratos de los que pudiese haber sido adjudicatario como consecuencia de la adjudicación del contrato en cuyo procedimiento se cometió la infracción)¹¹⁹. En todo caso, la determinación exacta del importe de la indemnización es una cuestión compleja y en la que existe un alto grado de incertidumbre¹²⁰.

117. Dobson *et al.* (2021: 146).

118. Dobson *et al.* (2021: 147). Sobre la compatibilidad de este requisito con el derecho de la Unión Europea, que a partir del *brexit* tiene menor relevancia, véase Arrowsmith (2018: 1065-1068).

119. Arrowsmith (2018: 1060).

120. Dobson *et al.* (2021: 147-148).

56. En el derecho español los órganos de recursos contractuales también pueden reconocer indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (art. 58.1 LCSP). Por tanto, en teoría también pueden ofrecer tutela de carácter resarcitorio¹²¹. A pesar de ello, lo cierto es que esa previsión ha tenido escasa aplicación en la práctica¹²². Ello es consecuencia de la preferencia de los licitadores por la tutela de carácter restitutorio, así como de la configuración del recurso especial que, al estar diseñado para ofrecer tutela restitutoria, evita que se produzcan daños¹²³. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse un supuesto particular y de complicada solución, que se produce cuando los órganos judiciales anulan una decisión de un órgano de recursos contractuales que anuló una decisión del órgano de contratación, y se plantea la posibilidad o necesidad de indemnizar al licitador que fue perjudicado por la resolución del órgano de recursos contractuales¹²⁴.

3.4.3.1.4. Otros medios de impugnación no específicos de la normativa de contratación pública

57. Además de los medios impugnatorios previstos específicamente en las PCR 2015 también pueden utilizarse los recursos ordinarios (*declaration, injunction*), así como los recursos exclusivos de la *judicial review*, si bien estos últimos no pueden emplearse por aquellos operadores económicos que sí pueden valerse de los recursos específicos de las PCR 2015¹²⁵. En el caso de pretenderse una indemnización, puede fundamentarse en otros supuestos distintos de los previstos en las PCR 2015, como la doctrina del contrato implícito (*implied contract*), o por provenir el daño de un acto hecho con la intención de ocasionar un perjuicio (*misfeasance in public office*)¹²⁶. No obstante, estas causas son más complejas de acreditar por

121. Santamaría Pastor (2015: 197).

122. Santamaría Pastor (2015: 197-198) adelantaba la escasa aplicación que tendría la tutela resarcitoria ante los órganos de recursos contractuales.

123. Santamaría Pastor (2015: 197).

124. Se trata de un supuesto específico que no puede analizarse en este trabajo, pero que muestra cómo aun articulando mecanismos que ofrecen una mejor tutela pueden surgir situaciones perjudiciales para algunos licitadores, posiblemente debido a la compleja naturaleza de los órganos de recursos contractuales y a la falta de una regulación más completa que regule el ejercicio de sus funciones. Esta problemática se pone de manifiesto en la STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2020, rec. núm. 293/206, ponente: P. L. García Muñoz, así como en el voto particular formulado por uno de sus magistrados, E. Paricio Rallo. He tratado la cuestión con algo más de detalle en Rodríguez Morilla (2023: 110-111).

125. Arrowsmith (2018: 1014-1015).

126. Schebesta (2016: 98-101).

parte del licitador, por lo que la causa más habitualmente utilizada es la prevista en las PCR 2015¹²⁷.

3.4.3.2. *Contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015*

58. En relación con los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015, los interesados no pueden utilizar los mecanismos impugnatorios previstos en esta norma. Para acceder a la tutela de los órganos judiciales, deben emplearse los recursos ordinarios (*declaration, injunction* o *damages*) o los recursos de derecho público. Ahora bien, hay que tener en cuenta que para que muchas de dichas medidas resulten eficaces es preciso que no se haya producido la formalización del contrato. Como ya se ha señalado, en este caso no operan las garantías previstas en la Directiva de Recursos para evitar una rápida formalización, como es el caso del plazo de *standstill* o la suspensión automática¹²⁸. Por tanto, salvo que se consiga paralizar la formalización del contrato a través de una medida cautelar, la única tutela que podrá obtener el interesado es de carácter resarcitorio (*damages*). La obtención de una indemnización en estos supuestos es más compleja que en el caso de los contratos incluidos en el ámbito de las PCR 2015. No existe un reconocimiento general a obtener una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de incumplimientos derivados de las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación, a diferencia de las previsiones de los arts. 97.2.c) y 98.2.c) PCR 2015. En consecuencia, los daños deberán solicitarse con fundamento en otros de los supuestos existentes, con carácter general, en el derecho del Reino Unido (contrato implícito o cuando el daño provenga de un acto realizado con la intención de causar un perjuicio), tratándose de supuestos en los que es más difícil justificar los requisitos necesarios para obtener una indemnización.

59. En definitiva, en los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las PCR 2015 existe un menor grado de tutela que en aquellos contratos a los que sí les resultan aplicables. Fuera de estas se vuelve sumamente complejo acceder a una tutela de carácter restitutorio, por las dificultades para conseguir paralizar la formalización del contrato. Asimismo, la tutela de carácter resarcitorio también es más difícil de obtener que la prevista en las PCR 2015, al no ser suficiente con invocar una infracción relevante de las

127. Schebesta (2016: 115).

128. Arrowsmith (2018: 1114).

normas de contratación, sino que resulta preciso justificar la concurrencia de otros requisitos adicionales por parte de los perjudicados.

60. En España se da una situación similar respecto de aquellos contratos no incluidos en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación. En estos casos es complejo acceder a tutela de carácter resarcitorio por las dificultades de obtener una medida cautelar que pueda paralizar el procedimiento de adjudicación. Por tanto, cuando se obtiene una sentencia favorable, tras la tramitación de un recurso contencioso-administrativo no sujeto a plazos abreviados, el contrato ya se encuentra adjudicado y en ejecución o ejecutado en su totalidad. Al recurrente le queda abierta la alternativa de acceder a tutela resarcitoria, pero para ello debe justificar, en la mayoría de los casos, que tiene derecho a la adjudicación del contrato, lo que en muchas ocasiones resulta imposible o muy complejo (por ejemplo, cuando se impugnan requisitos de los pliegos que impiden a un licitador participar en una licitación)¹²⁹.

3.4.4. Intensidad del control

61. La contratación pública es un sector del ordenamiento jurídico en el que entran frecuentemente en juego las facultades discrecionales de las entidades contratantes, entendidas como ámbitos de libre de decisión por parte de los órganos de contratación, así como cuestiones de índole técnico de carácter complejo (discrecionalidad técnica). Así, por ejemplo, las entidades contratantes pueden decidir si licitan o no una determinada prestación, determinan las características que debe tener la prestación contratada y los criterios de adjudicación para elegir la mejor oferta, y analizan qué oferta, entre todas las presentadas por los licitadores, merece recibir mejor puntuación conforme a los criterios previamente establecidos, lo que suele requerir un juicio de carácter subjetivo o valorativo. En definitiva, se trata de un sector en el que tiene relevancia la intensidad con la que se controla la actividad discrecional de la Administración, entendida en un sentido amplio y comprensiva tanto de la discrecionalidad en sentido estricto como del margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, de acuerdo con la doctrina tradicional sobre la discrecionalidad¹³⁰.

129. Sobre la situación en España respecto de los contratos no sujetos a recurso especial, véanse los trabajos de Díez Sastre (2012a), Santamaría Pastor (2015: 33-35) y Rodríguez Morilla (2023: 55-60).

130. Sobre la distinción entre discrecionalidad y margen de apreciación, Bacigalupo Sagge-se (1997: 114-161).

62. Los órganos judiciales del Reino Unido aplican las técnicas normales de control de la actividad de la Administración en materias que cuentan con un alto grado de discrecionalidad. Estas técnicas comprenden (i) la observancia de las normas aplicables o elementos reglados (legalidad); (ii) el cumplimiento de los documentos rectores de la licitación; (iii) la determinación de los hechos relevantes, pero reconociendo un margen de apreciación en aquellos supuestos en que la determinación de los hechos requiere de conocimientos especializados de los que no dispone el órgano revisor, o cuando este los ha extraído de fuentes de información diferentes a las documentales; y (iv) el control del error manifiesto, entendido como aquel error que resulta evidente, cuando se trate de cuestiones de juicio o evaluación, como es el caso de la valoración de las ofertas o la exclusión o selección de candidatos¹³¹. En relación con este último aspecto, los órganos judiciales ingleses utilizan un criterio coincidente con el utilizado por el TJUE en relación con el control de la discrecionalidad¹³². Con arreglo a este test se parte del respeto de aquellas decisiones que resulten plausibles, no sustituyéndose el criterio adoptado por la entidad contratante por el del órgano judicial, salvo cuando se aprecia un error evidente. A la hora de valorar si se ha producido un error manifiesto resulta una cuestión relevante que las entidades adjudicadoras hayan ofrecido una motivación suficiente de las valoraciones realizadas, pues en ausencia de dicha justificación es probable que se produzca un control más intenso¹³³.

63. La apreciación de un incumplimiento a través de las técnicas anteriores debe ir acompañada de que la infracción haya alterado el resultado de la adjudicación; de este modo, la existencia de infracciones que no hayan producido un efecto sustancial —como privar a un licitador del derecho al contrato— no da lugar a la anulación por los órganos ingleses¹³⁴. Por último, debe precisarse que no existen diferencias en cuanto a la intensidad con la que se examinan los contratos que están dentro del ámbito de aplicación de las PCR 2015 y los que se encuentran al margen de estas¹³⁵.

64. En esta cuestión concreta el control desarrollado por los órganos judiciales del Reino Unido se asemeja bastante al control que en España se desarrolla tanto por los órganos judiciales como por los órganos de recursos contractuales. Estos últimos han seguido la doctrina jurisprudencial existente a este respecto. Cuando se trata de controlar decisiones discrecionales o que

131. Al respecto, Arrowsmith (2018: 982-987). Sobre la noción de error manifiesto, *Lion Apparel Systems v Firebuy* [2007] EWCH 2179 (CH), § 38.

132. Widdershoven (2019).

133. Arrowsmith (2014: 778; 2018: 985).

134. Arrowsmith (2018: 985-986).

135. Arrowsmith (2018: 1114).

entrañan la valoración de cuestiones técnicas complejas (discrecionalidad técnica) se ha limitado el alcance de su control a cuestiones de índole jurídica. En términos generales, este control comprende (i) el respeto a la normativa (elementos reglados); (ii) la no vulneración de los principios rectores de la contratación pública (igualdad, libre concurrencia, no discriminación y competencia); (iii) el cumplimiento del objetivo de la eficiencia en la aplicación de fondos públicos; (iv) la motivación de las decisiones; y (v) el control de la existencia de error material, arbitrariedad o restricción de la competencia¹³⁶. En relación con esta cuestión, los órganos de recursos contractuales han reiterado que su configuración como órganos de carácter revisor les impide sustituir los criterios técnicos y de oportunidad con criterios jurídicos¹³⁷.

4. La reforma del control de la contratación pública

65. A pesar de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, la normativa en materia de contratación pública que se sigue aplicando en el momento de concluir este trabajo es sustancialmente la misma, con ligeras modificaciones¹³⁸. Entre ellas, las más destacables son las que se refieren a los proveedores comprendidos en el ámbito de aplicación de las normas de contratación del Reino Unido¹³⁹. Sin embargo, el *brexít* se ha visto como una oportunidad para revisar en profundidad la normativa de contratación pública, que había sido objeto de diferentes críticas: generar excesivas trabas burocráticas, perjudicar a las pequeñas y medianas empresas, frenar la innovación o complicar la exclusión de proveedores que no habían ejecutado correctamente contratos anteriores¹⁴⁰. En el centro de dichas críticas se encontraba la normativa dictada por la Unión Europea, que habría condicionado en un sentido negativo la normativa dictada por el Reino Unido. No obstante, este no es el caso de las normas aplicables al control de los procedimientos de contratación, a las que se circunscribe este trabajo. Se pretende aprovechar la reforma integral de la

136. Sobre el control de la discrecionalidad y discrecionalidad técnica por parte de los órganos judiciales españoles, véanse la STS de 21 de marzo de 2007, rec. núm. (casación) 6098/2000, ponente: C. Pico Lorenzo, FD 8; la STS de 27 de junio de 2012, rec. núm. (casación) 3913/2010, ponente: N. A. Maurandi Guillén, FD 5; y la SAN de 18 de julio de 2018, rec. núm. 398/2016, ponente: A. I. Martín Valero, FD 11. En cuanto a los órganos de recursos contractuales, RTCCSP 89/2021, de 25 de marzo de 2021, rec. núm. N-2020-368, FFJJ 6 y 8; y RTACPCM 124/2018, de 25 de abril de 2018, rec. núm. 102 y 106/2018, FD 8. La ROARCE 013/2022, de 19 de enero de 2022, rec. núm. 2021/189, FD 8, se refiere al respeto al fondo reglado y a los principios generales del derecho.

137. En este sentido, Gimeno Feliú (2015: 32-33).

138. Arrowsmith (2021: 103; 2020: 20).

139. Henty (2021).

140. Así se recoge en Cabinet Office (2020: 4-5). Arrowsmith (2021: 103-104) recoge las declaraciones del primer ministro del Reino Unido, en las que se refería gráficamente a su intención de preparar una hoguera con la burocracia que representaban las normas de contratación pública que tenían su origen en la Unión Europea. También, Dobson *et al.* (2021: 145).

normativa sobre contratación pública para mejorar la eficacia de los mecanismos de control¹⁴¹. El contraste del régimen jurídico del Reino Unido con el de otros países europeos permite constatar cómo las normas del derecho de la Unión Europea en materia de control de los procedimientos de contratación permiten adoptar modelos más eficaces que el vigente en el Reino Unido.

66. Lo primero que debe señalarse es que la salida del Reino Unido de la Unión Europea no significa que tenga libertad absoluta para configurar su régimen de contratación. El Reino Unido se incorporó al Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP—o GPA por sus siglas en inglés—), que dedica su art. XVIII a regular los procedimientos internos de revisión¹⁴². Por tanto, el modelo de control debe respetar las previsiones establecidas en el ACP, así como en otros acuerdos internacionales que pueda suscribir el Reino Unido y que contemplen obligaciones en materia de contratación pública.

67. Desde el momento en que se planteó la reforma del sistema de contratación pública surgieron voces que abogaban por crear un sistema de recursos que fuese menos costoso y más eficaz; en particular, que permitiese corregir las infracciones antes de la formalización de los contratos. Para ello se propusieron como elementos clave: (i) la configuración de un procedimiento rápido, que permita que se acuerde la suspensión del procedimiento de licitación mientras se resuelve el recurso sobre el fondo (como se ha visto, constituye un elemento trascendental para asegurar la tutela de carácter restitutorio); y (ii) trasladar los mecanismos de recurso a las propias entidades contratantes y posteriormente a un *tribunal*, lo que permitiría evitar la complejidad y los elevados costes asociados a los procedimientos que se sustancian ante la Corte Superior¹⁴³. Otras propuestas propugnaban, en defecto del establecimiento de un *tribunal*, establecer un mecanismo simplificado de resolución de controversias, menos formal que un *tribunal* y que dictase resoluciones de carácter provisional, lo que permitiría plantear el caso posteriormente ante un órgano judicial¹⁴⁴.

68. El 15 de diciembre de 2020 se publicó el Libro Verde sobre la Transformación de la Contratación Pública (*Transforming public procurement*)¹⁴⁵.

141. Arrowsmith (2021: 120).

142. Sobre esta cuestión, Pritchard (2022: 173).

143. Estas propuestas han sido planteadas por Arrowsmith (2020: 37-40; 2021: 120).

144. Al respecto, Murray y Bickerstaff (2021).

145. Cabinet Office (2020). En concreto, dedica su capítulo 7 a la impugnación de los procedimientos de adjudicación. Sobre este documento puede verse el análisis que le dedica Arrowsmith (2021).

Su enfoque sobre las medidas a incorporar en la regulación del control de los procedimientos de contratación parte de primar los recursos de carácter precontractual respecto de la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños ocasionados¹⁴⁶. En esta línea, se proponía (i) establecer un procedimiento más ágil ante los órganos judiciales (*High Court*), que permitiese revisar las infracciones en un menor plazo de tiempo, lo que facilitaría el mantenimiento de la suspensión de la adjudicación; (ii) modificar el test en materia de medidas cautelares para que se tomasen en consideración las particularidades de los procedimientos de contratación pública; (iii) explorar la posibilidad de establecer un *tribunal* especializado para conocer de aquellas impugnaciones que habitualmente no llegan a las *courts*, y que podrían incluir las reclamaciones de escaso importe o las relativas a las cláusulas discriminatorias; y (iv) limitar el importe susceptible de ser reconocido a nivel de daños con carácter general, fijándolos por referencia a los gastos incurridos en la preparación de la oferta.

69. El Libro Verde fue sometido a un proceso de consulta, y el 6 de diciembre de 2021 el Gobierno del Reino Unido emitió una serie de consideraciones tanto sobre las alegaciones recibidas como sobre el contenido del Libro Verde¹⁴⁷, pudiendo destacarse las siguientes cuestiones: (i) se mantiene la idea de agilizar los procedimientos ante la Corte Superior, modificando las normas que regulan el proceso civil o las orientaciones de la *Technology and Construction Court*, estableciendo la presentación de alegaciones por escrito o su conocimiento por un único juez especialista en contratación pública; (ii) se rechaza la creación de un *tribunal* especializado; (iii) se rechaza dar primacía a la tutela precontractual frente a los daños, pero asumiendo al mismo tiempo que la agilización de los procedimientos ante los órganos judiciales debería facilitar la tutela en la fase precontractual; y (iv) se rechaza establecer un límite del importe reclamable en concepto de daños. En relación con este último punto, resulta interesante observar que uno de los motivos que se ofrecen para no establecer un límite a la indemnización de daños y perjuicios es evitar que ello pueda llevar a los órganos judiciales a no levantar las suspensiones automáticas, por considerar que los daños no constituyen una satisfacción suficiente para el recurrente.

70. El 11 de mayo de 2022 se presentó el proyecto de ley de contratación pública (*Procurement Bill*) al Parlamento¹⁴⁸. El contenido del proyecto

146. Dobson *et al.* (2021: 145).

147. Puede accederse a las respuestas del Gobierno a través del siguiente enlace: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61addef38fa8f5037ac74399/Transforming_Public_Procurement_-_Government_response_to_consultation.v3_.pdf (último acceso: 11 de junio de 2024).

148. Puede consultarse la tramitación del proyecto de ley a través del siguiente enlace: <https://bills.parliament.uk/bills/3159> (último acceso: 11 de junio de 2024).

de ley remitido por el Gobierno no introducía grandes modificaciones respecto del régimen de control de la contratación vigente en la actualidad y que se ha expuesto en este trabajo. Tampoco en su tramitación se introdujeron novedades relevantes sobre el tema aquí analizado. La *Procurement Act 2023* fue aprobada definitivamente el mes de octubre de 2023¹⁴⁹.

71. De manera resumida se refieren a continuación algunas de las cuestiones más relevantes de la *Procurement Act 2023*. Se mantiene un régimen dual de contratos, similar al vigente en la actualidad, con unos contratos sujetos a los recursos específicos, mientras que a otros no les resultan aplicables. El control de los procedimientos de adjudicación se sigue atribuyendo a los órganos judiciales, sin contemplar la creación de un *tribunal* especializado (art. 100). Se muestra una cierta preferencia por la tutela primaria al mantener el periodo de *standstill* y la suspensión automática de la firma del contrato (arts. 51 y 101). Sigue correspondiendo a los órganos judiciales decidir si se mantiene la suspensión automática, si bien se introducen modificaciones en el test que deben aplicar los órganos judiciales para el levantamiento de la suspensión o para la adopción de otras medidas cautelares. En este sentido, se prevé que se tengan en cuenta las siguientes cuestiones: (i) el interés público en que los contratos se adjudiquen legalmente; (ii) evitar las demoras en la entrega de la prestación; (ii) el interés de los proveedores, incluyendo si los daños pueden ser una compensación adecuada para el recurrente; y (iii) otras cuestiones que el órgano judicial pueda considerar relevantes (art. 102)¹⁵⁰. Por tanto, de mantenerse dichos criterios, quedará en manos de los órganos judiciales el incremento o no de los supuestos en los que se mantiene la suspensión de la formalización del contrato o la adopción de otro tipo de medidas cautelares.

5. Abreviaturas

ATACPA	Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
ATS	Auto del Tribunal Supremo

Pueden examinarse algunas impresiones iniciales sobre el proyecto de ley de contratación pública en Sánchez Graells (2022) y Knibbe (2022).

149. Su texto puede consultarse en la web de legislación del Reino Unido, a través del siguiente enlace: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/54/contents/enacted> (última consulta: 11 de junio de 2024).

150. Sobre las novedades del proyecto de ley en relación con el control de la contratación, Tucker (2022).

LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
ROARCE	Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi
RRTACRC	Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
RTACPCM	Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid
RTACRC	Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
RTARCJA	Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía
RTCCSP	Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCEA	<i>Tribunal, Court and Enforcement Act</i>

6. Bibliografía

- Arrowsmith, S. (1990). Judicial review and the contractual powers of public authorities. *Law Quarterly Review*, 160, 277-292.
- (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement: regulation in the EU and UK* (vol. 1, 3.ª ed.). Londres: Sweet & Maxwell.
 - (2017). The implications of Brexit for public procurement law and policy in the United Kingdom. *Public Procurement Law Review*, 1, 1-33.
 - (2018). *The Law of Public and Utilities Procurement: regulation in the EU and UK* (vol. 2, 3.ª ed.). Londres: Sweet & Maxwell.
 - (2020). Reimagining Public Procurement Law After Brexit: Seven Core Principles for Reform and Their Practical Implementation, Part 1. SSRN, Working Paper. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3523172 (último acceso: 11-6-2024).
 - (2021). Transforming public procurement law after Brexit: some reflections on the Government's Green Paper. *Public Procurement Law Review*, 3, 103-123.
- Arrowsmith, S. y Craven, R. (2016). Public procurement and access to justice: a legal and empirical study of the UK system. *Public Procurement Law Review*, 6, 227-252.

- Bacigalupo Saggese, M. (1997). *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons.
- Bailey, S. H. (2015). Reflections on standing for judicial review in procurement cases. *Public Procurement Law Review*, 4, 122-132.
- Bingham, T. (2011). *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books.
- Bovis, C. (2015). *The Law of EU Public Procurement* (2.ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Burgi, M. (2011). EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System. En S. Treumer y F. Lichère (eds.). *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (pp. 105-153). Copenhagen: DJØF Publishing.
- Cabinet Office. (2020). *Transforming public procurement* (CP 353). Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/943946/Transforming_public_procurement.pdf (último acceso: 11-6-2024).
- Candela Talavero, J. E. (2020). La legitimación en el recurso especial en materia de contratación pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 51, 71-98.
- Cane, P. (2010). *Administrative Tribunals and Adjudication*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- Caranta, R. (2022). Opening the doors to civil society litigation in public contracts. *REALaw.blog*, 1-11-2022. Disponible en: <https://realaw.blog/?p=1909> (último acceso: 11-6-2024).
- Carnwath, R. (2009). Tribunal Justice – A new start. *Public Law*, 1, 48-69.
- Codina García-Andrade, X. (2014a). Tutela judicial y sistema de recursos en la contratación pública inglesa. *RAP*, 195, 337-361.
- (2014b). Medidas cautelares y suspensión automática de la adjudicación de un contrato público: el asunto “OCS One Complete Solution LTD v. Dublin Airport Authority”. *REDA*, 167, 179-191.
- Comisión Europea. (2017). *Commission Staff Working Document – Evaluation of the modifications introduced by Directive 2007/66/EC to Directives 89/665/EEC and 91/13/EEC concerning the European framework for remedies in the area of public procurement / Refit evaluation*, que acompaña al documento *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the effectiveness of Directive 89/665/EC and Directive 92/13/EEC, as modified by Directive 2006/66/EC, concerning review procedures in the area of public procurement*, COM (2017) 28 final, 85. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0013&from=EN> (último acceso: 11-6-2024).
- Craig, P. (2016). *Administrative Law* (8.ª ed.). Londres: Sweet & Maxwell.
- Díez Sastre, S. (2012a). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.

- (2012b). La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública. *Anuario Aragonés de Gobierno Local*, 4, 293-322.
 - (2019). Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública. En S. Díez Sastre (dir.) y C. Martínez Sánchez (coord.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2019* (pp. 107-140). Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa - Universidad Autónoma de Madrid.
 - (2020). Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública. En S. Díez Sastre (dir.) y C. Martínez Sánchez (coord.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2020* (pp. 115-158). Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa - Universidad Autónoma de Madrid.
 - (2022). Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública. En A. Egea de Haro (dir.) y J. Redondo Martín (coord.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022* (pp. 119-160). Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa - Universidad Autónoma de Madrid.
- Dobson, L., Tucker, I., Geldart, R. y Parkinson, C. (2021). Remedies in the Green Paper. *Public Procurement Law Review*, 3, 133-152.
- Drewry, G. (2009). The judicialization of 'administrative' tribunals in the UK: from Hewart to Legatt. *Transilvanyan Review of Administrative Sciences*, 28 E/ SI/2009, 45-64.
- Endicott, T. (2018). *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Forsyth, C. F. (2013). The Rock and the Sand: Jurisdiction and Remedial Discretion. *SSRN*, Research Paper No. 31/2013. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317277# (último acceso: 11-6-2024).
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (2007). *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- García Ureta, A. M.^a (2016). Los tribunales administrativos en el Reino Unido. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate* (pp. 149-181). Madrid: INAP.
- Gimeno Feliú, J. M.^a (2015). *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)*. Zaragoza: Observatorio de Contratación Pública.
- Harlow, C. y Rawlings, R. (2022). *Law and Administration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Heard, E., Duggan, K. y Arrowsmith, S. (2018). Procedure in the High Court of England and Wales in Public Procurement cases. En S. Arrowsmith. *The*

- Law of Public and Utilities Procurement: regulation in the EU and UK* (vol. 2, 3.ª ed., pp. 1129-1149). Londres: Sweet & Maxwell.
- Henty, P. (2010). Remedies Directive implemented into UK Law. *Public Procurement Law Review*, 3, NA115 - NA124.
- (2019a). Summary judgement, suspension, and award criteria: the DHL Supply Chain case. *Public Procurement Law Review*, 1, NA43 - NA46.
 - (2019b). Interim measures and availability of damages in a judicial review case: Kenson Contractors (Benington) Limited v London Borough of Haringey. *Public Procurement Law Review*, 5, NA214 - NA217.
 - (2021). Beyond Brexit: preparations for UK Government and utilities procurement at the end of the transition period. *Public Procurement Law Review*, 2, NA34 - NA41.
- Knibbe, J. (2022). The Procurement Bill – a first look. *No5 Barristers Chambers*, 13-5-2022. Disponible en: <https://www.no5.com/2022/05/the-procurement-bill-a-first-look/> (último acceso: 11-6-2024).
- López Ramón, F. (2017). Hacia un modelo europeo de control jurídico del poder ejecutivo. *REDA*, 186, 15-45.
- López Rodó, L. (1986). Los Tribunales Administrativos en la Gran Bretaña, discurso pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en su sesión de 15 de abril de 1986. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 86, 233-242.
- Murray, C. y Bickerstaff, R. (2021). Should an adjudication system be established for procurement disputes? *Public Procurement Law Review*, 3, 153-158.
- Pritchard, T. (2022). Automatic confusion?: a critical analysis of the application of American Cyanamid in UK procurement challenges and the implication for reform. *Public Procurement Law Review*, 3, 170-201.
- Rodríguez Morilla, A. (2023). *La función jurisdiccional de la Administración a través de los órganos de recursos contractuales* [tesis doctoral inédita]. Universidad Autónoma de Madrid.
- Sánchez Graells, A. (2022). Initial Comments on the UK's Procurement Bill: A Lukewarm Assessment. *SSRN, Working Paper*. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4114141> (último acceso: 11-6-2024).
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los Recursos Especiales en Materia de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters - Aranzadi.
- Santiago Fernández, M.ª J. (2018). Recurso especial en materia de contratación. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.). *Tratado de contratos del sector público* (tomo 1, pp. 835-896). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Schebesta, H. (2016). *Damages in EU Public Procurement Law*. Heidelberg - Nueva York - Dordrecht - Londres: Springer.

- Sibina Tomàs, D. (2019). Tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC) y control jurisdiccional. En E. Malaret García (dir.). *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial* (pp. 417-470). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters - Aranzadi.
- Thompson, K. (2018). Administrative Law in the United Kingdom. En R. Seerden (ed.). *Comparative Administrative Law: Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States* (4.ª ed., pp. 197-266). Cambridge - Amberes - Portland: Intersentia.
- Tornos Mas, J. (2016a). *Administrative Justice y Administrative Tribunals* en el Reino Unido. Un modelo a tener en cuenta. En J. Agudo González (dir.). *Control Administrativo y Justicia Administrativa* (pp. 153-176). Madrid: INAP.
- (2016b). Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos administrativos. La *Proportionate Dispute Resolution*. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate* (pp. 801-812). Madrid: INAP.
- Trybus, M. (2011). An Overview of the United Kingdom public procurement review and remedies system with an emphasis on England and Wales. En S. Treumer y F. Lichère (eds.). *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (pp. 201-234). Copenhague: DJØF Publishing.
- Tucker, I. (2022). Remedies under the Procurement Bill. *Burges Salmon*, 31-8-2022. Disponible en: <https://www.burges-salmon.com/news-and-insight/legal-updates/procurement/remedies-under-the-procurement-bill> (último acceso: 11-6-2024).
- Velasco Caballero, F. (2019). Metodología comparativa para el Derecho administrativo. *REDA*, 200, 51-76.
- Vicente Dávila, F. (2017). La legitimación en el recurso especial en materia de contratación pública: una apreciación casuística. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 13, 105-145.
- Wade, H. W. R. y Forsyth, C. F. (2014). *Administrative Law* (8.ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Widdershoven, R. (2019). The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review. En J. de Poorter, E. Hirsch Ballin y S. Lavrijssen (eds.). *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State* (pp. 39-62). La Haya: Asser Press-Springer.

CAPÍTULO XIV

Un “tribunal administrativo” de recursos contractuales en Colombia. Una discusión aplazable, mas no evitable

Andrés Fernando Ospina Garzón

Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia

SUMARIO. Introducción. 1. Los instrumentos actuales de resolución del contencioso-administrativo contractual: un sistema esencialmente judicial.

1.1. La causa del litigio o de la controversia. 1.2. La jurisdicción competente. 1.3. El mecanismo para resolver las controversias contractuales. 1.4. El contencioso precontractual. 1.5. El contencioso del enriquecimiento sin causa. 1.6. El éxito del arbitraje como efecto y causa del desprestigio de los mecanismos ante el juez. **2. La naturaleza, garantías y competencia de un eventual “tribunal administrativo” de recursos contractuales.** 2.1. La pertinencia y la urgencia de la discusión. 2.2. La naturaleza del órgano, del recurso y de la función. 2.3. Las consecuencias de la naturaleza jurisdiccional o administrativa. 2.4. Las garantías de independencia e imparcialidad del órgano encargado de decidir el recurso. 2.5. Los asuntos que podrían someterse al recurso especial. **3. Bibliografía.**

Introducción

La influencia del derecho europeo en el derecho administrativo colombiano es innegable, antigua¹ e importante. Basta con decir que, hasta el comienzo de la vigencia del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo –CPACA– (Ley 1437 de 2011), los recursos contra los actos administrativos se denominaban “vía gubernativa”, con una clara influencia del derecho administrativo español². Sin mucha o poca discusión, la

1. Sobre el origen de la jurisdicción colombiana de lo contencioso-administrativo, puede consultarse Ospina Garzón (2009).

2. Cf. Gallego Anabitarte (2009).

expresión fue reemplazada por la de "recursos contra los actos administrativos" y, aparte de este retoque meramente nominal, ni la comisión que elaboró el actual Código CPACA, ni el Congreso de la República, que lo convirtió en ley, discutieron sobre los graves problemas que afectaban a la eficacia de este importante mecanismo ni, por lo tanto, acerca de los remedios que debían implementarse. En otras palabras, la inercia del derecho administrativo colombiano sugirió mantener intacto el mecanismo sin, ni siquiera, interrogarse en cuanto a la justificación, función o utilidad de los recursos contra los actos administrativos³. A pesar de que el ejercicio del recurso ante el superior (jerárquico o funcional) en el corto plazo de 10 días siguientes a la notificación del acto administrativo es, de manera general, un requisito para poder acceder a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en la mayoría de los casos dicha etapa no es más que una demora o un obstáculo para llegar al juez⁴, en lugar de ser un verdadero mecanismo administrativo de resolución de litigios. Las causas de la ineficacia de dichos instrumentos son muchas, y ya en algunas ocasiones anteriores hemos intentado identificarlas y proponer soluciones⁵; algunas de ellas son: (1) no existe obligación legal de instruir los recursos, ya que la práctica de pruebas es excepcional y, por el contrario, se dispone que los recursos deben ser decididos "de plano" (art. 79 CPACA). No se requiere reexaminar el expediente y no se reprocha la decisión en serie o a través de un formato o la confirmación sin examen previo; (2) no se prevén sanciones por no resolver administrativamente el litigio y, por consiguiente, permitir que se active, innecesariamente, la jurisdicción; (3) existe temor en los funcionarios a aceptar los vicios de los actos administrativos y resolver administrativamente el litigio, debido a la hipertrofia del control burocrático de que adolece la Administración pública colombiana, lo que se agrava con la penalización de los instrumentos administrativos, particularmente la responsabilidad disciplinaria⁶, y contrasta con la poca efectividad de dichos controles; (4) la resolución de los recursos es una carga laboral accesoria y no existen autoridades o dependencias cuya función principal sea la instrucción y decisión de los recursos; (5) salvo los recursos ante superiores funcionales⁷, quien elabora el acto administrativo recurrido

3. Al respecto, puede consultarse Benavides y Ospina (2012).

4. Cf. Mogollón Monterrosa (2019).

5. Ospina Garzón (2016).

6. Ospina Garzón (2018).

7. En derecho colombiano, la expresión "superior funcional" se inspiró en el funcionamiento jurisdiccional, para diferenciarlo del superior jerárquico, que dispone de poderes de nominación, dirección, instrucción y control. Se trata de eventos en los cuales el recurso de apelación contra el acto administrativo es decidido por quien no es el superior jerárquico —que no existe en esos casos—, sino una autoridad cuya función es justamente resolver la impugnación. De esta manera, quien resuelve es superior para la función de resolver el recurso, pero carece de las otras atribuciones propias del superior jerárquico. Los dos ejemplos más importantes son: (1) el

es, a la vez, quien proyecta la decisión sobre el recurso de apelación, por solicitud de su superior, quien, además, frecuentemente impartió las directrices en cuanto a la decisión que se debe tomar y, por supuesto, confirmar. Finalmente, (5) no existen políticas de resolución administrativa de los litigios que inciten a resolver el litigio sin necesidad de una condena judicial y, entre otros aspectos, conviertan las decisiones judiciales en reglas de decisión de los recursos administrativos.

En lugar de adoptar correctivos frente a las causas de la ineficacia y ante el desprestigio de los recursos administrativos, surgen voces que proponen, sin más, suprimirlos o, lo que conduce finalmente a lo mismo, convertirlos en mecanismos opcionales⁸, en pro de confirmar el pretendido e inalcanzable monopolio jurisdiccional sobre el contencioso. Por otra parte, no se descarta la creación de recursos administrativos de segunda generación, que se caracterizan por superar algunos de los defectos de los recursos clásicos y, en lógica postmoderna, dar la apariencia de novedad y cubrirse por una presunción de utilidad y de eficacia.

Uno de dichos recursos que podría crearse en el derecho colombiano es el que, en el derecho europeo, se ejerce ante los denominados “tribunales administrativos de recursos contractuales”, expresión confusa en sí misma. Ahora bien, para la discusión acerca de la naturaleza que podría tener el recurso, el órgano encargado de decidirlo y la función en el derecho colombiano, su composición, las garantías que podrían rodear su independencia e imparcialidad y los asuntos que podrían ser sometidos a su decisión, pareciera que es imprescindible examinar los mecanismos con los que actualmente cuenta el ordenamiento jurídico nacional, con el fin de identificar allí la necesidad y la posibilidad de instaurar este mecanismo adicional, de inspiración europea.

recurso contra los actos administrativos expedidos por los curadores urbanos —particulares que, en ejercicio de función administrativa, expiden licencias de construcción—, que son decididos por la Administración del correspondiente municipio (este recurso fue creado por el artículo 39 del Decreto-ley 2150 de 1995 y se ha mantenido en las diferentes reglamentaciones de las licencias urbanísticas), y (2) el recurso contra los actos administrativos expedidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, sean estas públicas, privadas o de naturaleza mixta, que son resueltos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 154 de la Ley 142 de 1994). Cf. Perdomo Villamil (2022).

8. “Esta reminiscencia, que distorsiona el papel que debe estar llamado a cumplir el recurso administrativo, [...] tiene que dar paso al establecimiento de un sistema general de recursos administrativos facultativos, [...] al eliminarse esta barrera injustificada e injustificable [...]” (Rojas López, 2022: 61).

1. Los instrumentos actuales de resolución del contencioso-administrativo contractual: un sistema esencialmente judicial

1.1. La causa del litigio o de la controversia

En el contencioso-administrativo colombiano, para poder demandar, no es necesario transformar los hechos y las omisiones administrativas en acto administrativo. Es decir, la prerrogativa⁹ de la decisión administrativa previa no es general y, por el contrario, en muchos casos es posible demandar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo sin haber dado la oportunidad a la Administración de proferir un acto administrativo. Por eso, las controversias contractuales pueden tener por causa incumplimientos, actuaciones materiales o, incluso, fenómenos externos al contrato, pero que inciden en su economía y determinan imprevisión o, en general, el rompimiento del equilibrio económico de las prestaciones recíprocas¹⁰. Así, el contencioso contractual únicamente se materializa en el cuestionamiento de la validez de un acto administrativo cuando la Administración contratante ha ejercido alguna de sus facultades propias, como la de multar al contratista, modificar el contrato, interpretarlo o, incluso, caducarlo. A pesar de que el ejercicio de recursos administrativos contra el acto administrativo sea, por regla general, un requisito para acceder al juez, este no es el caso de los asuntos derivados de la contratación administrativa. En el Estatuto de Contratación Estatal no se prevén recursos de apelación y los actos administrativos proferidos dentro de la relación contractual únicamente son susceptibles de recurso de reposición (art. 77 Ley 80/93). Por lo tanto, la procedibilidad de la demanda ante el juez no se condiciona por el ejercicio de este único recurso que existe en la materia.

1.2. La jurisdicción competente

El contencioso-administrativo que genera la actividad contractual del Estado no siempre estuvo asignado a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. La Ley 130 de 1913 —que creó la jurisdicción colombiana de lo contencioso-administrativo— preveía únicamente que esta conocería de la validez de actos administrativos, y excluyó expresamente las controversias acerca de contratos (art. 18.i). La Ley 167 de 1941 —que derogó la Ley 130 de 1913— reiteró, expresamente, la exclusión del contencioso derivado de los contratos (art.

9. Mal llamada "privilegio de la decisión previa".

10. "Por regla general, en estas acciones no se da el agotamiento de la vía administrativa, ya que ordinariamente serán de reclamación directa" (Betancur Jaramillo, 2014: 90).

73.1). Por lo tanto, dichos asuntos los conocía la jurisdicción ordinaria. Fue solamente a partir del Decreto 528 de 1964 (arts. 30.1.a, 31.1.a y 32.1.a y b) cuando las controversias originadas en “contratos administrativos”¹¹ celebrados por entidades públicas fueron atribuidas a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. La exclusión de los contratos con régimen de derecho privado fue confirmada por la Ley 19 de 1982, al disponer que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo únicamente conocería de controversias que surgieran respecto de los “contratos administrativos o de derecho privado en los que se haya pactado cláusula de caducidad” (art. 4), y se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de la contratación. En desarrollo de dichas facultades se expidió el Decreto-ley 222 de 1983, estatuto de contratación que, de nuevo, previó los dos tipos de contratos y reiteró que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo únicamente conocería de las controversias derivadas de los contratos administrativos y los de derecho privado con cláusula de caducidad (art. 17). Esta situación se mantuvo con la reforma del artículo 83 del Código Contencioso-Administrativo realizada en 1989. El Decreto-ley 222 de 1983 fue derogado por el actual Estatuto¹² de Contratación estatal, Ley 80 de 1993, que creó una categoría unitaria, independiente del régimen jurídico aplicable y de la existencia o no de prerrogativas de la Administración contratista: el “contrato estatal” (art. 32); y, por ello, la Ley 446 de 1998 amplió la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para conocer de todas las controversias que generen los “contratos estatales” (arts. 30 y 32, que modificaron los arts. 82 y 87 del CCA).

De acuerdo con el código vigente (CPACA), la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conoce de tres tipos de controversias contractuales: (1) las derivadas de los contratos celebrados por cualquier entidad pública¹³, independientemente del régimen jurídico del contrato —criterio orgánico—; (2) las derivadas de contratos celebrados por particulares en ejercicio de funciones públicas —criterio funcional—; y (3) las derivadas de contratos cele-

11. “[...] noción que carecía de contenido en el ordenamiento jurídico nacional, pero que la jurisprudencia, inspirada en el derecho administrativo francés, con la utilización de diversos criterios, en especial el de las cláusulas excepcionales, resultó asimilando a los contratos celebrados por la AP sometidos al derecho administrativo, excluyendo así de la noción a los llamados contratos de derecho privado de la Administración” (Santos Rodríguez, 2022: 859).

12. La expresión “estatuto” no significa, en este caso, que se trate de un tipo especial de ley. En realidad, se trata de una ley ordinaria, expedida en desarrollo de la atribución del último inciso del artículo 150 de la Constitución: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”.

13. El parágrafo del artículo 104 del CPACA define las entidades públicas —a los solos efectos de determinar el juez competente— como aquellas que, independientemente de su denominación, cuenten con capital público igual o superior al 50 %.

brados por una empresa de servicios públicos domiciliarios, sin importar la naturaleza de su capital, en que se incluyeron o debieron incluirse cláusulas exorbitantes.

1.3. El mecanismo para resolver las controversias contractuales

Después de que, en 1964, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo asumiera el conocimiento de las controversias contractuales, no se previó un mecanismo especial para resolver estos asuntos y, por lo tanto, "todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraba—n propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa"¹⁴. Con el Decreto-ley 222 de 1983 se consolidó, en el derecho colombiano, el nacimiento del contrato administrativo como una categoría jurídica autónoma diferente del acto administrativo¹⁵ e, incluso, se abandonó la teoría del contrato como un acto administrativo bilateral que, ante la ausencia de un mecanismo propio para juzgar los contratos, había acogido la jurisprudencia¹⁶. El Código Contencioso-Administrativo derogado (Decreto-ley 01 de 1984) previó, dentro del capítulo denominado "medios de control", un mecanismo autónomo para tramitar el contencioso que este instrumento generara y di-

14. Santofimio Gamboa (2004: 229).

15. El artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983 diferenciaba entre los contratos administrativos, regidos por el derecho público, taxativos, y los contratos de derecho privado de la Administración.

16. Aunque la jurisprudencia había hecho esfuerzos por diferenciar el acto administrativo del contrato: "Y como un contrato es substancialmente lo contrario de un acto administrativo, desde luego que este, aun siendo complejo, es la expresión de una voluntad, y que aquél es la expresión de, por lo menos, dos voluntades que han llegado a producirla, no por medio de la imposición sino del acuerdo, y no para surtir efectos erga omnes o contra terceros, sino entre partes, lo que se dice de los actos en relación con el sujeto que puede controvertirlos, no puede decirse de los contratos nuestra legislación otorga acción a los particulares para controvertir la legalidad de las decisiones ejecutorias" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 14 de marzo de 1974, exp. 1515, actor César Castro Perdomo). No obstante, se sostuvo que el contrato era un acto administrativo bilateral: "El acto que adjudica un contrato de la administración no es, en su esencia, unilateral. Es algo más. Puede afirmarse que él es el convenio mismo o el ajuste de voluntades producido entre la administración contratante y el contratista que presentó la mejor propuesta. En otros términos, ese acto de adjudicación es la culminación de la operación administrativa de selección del contratista y crea una serie de derechos y obligaciones entre la administración y el favorecido, hasta el punto que la etapa subsiguiente no es más que la de instrumentación de ese convenio con sujeción estricta a las bases que se tomaron en cuenta para la adjudicación. Y el carácter bilateral que muestra el acto mencionado impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o plena jurisdicción reguladas en el código administrativo" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 16 de agosto de 1982, exp. CE-SEC3-EXP1982-N3602, reiterada en Sentencia de la Secc. 3 de 20 de junio de 1983, exp. CE-SEC3-EXP1983-N3355).

ferente de las vías para demandar la nulidad de los actos administrativos: las “acciones relativas a contratos”¹⁷ —conocidas por la jurisprudencia y la doctrina como la “acción contractual”—, con una lista cerrada de pretensiones que podrían decidirse a través de este mecanismo (art. 87). Con la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989, el mecanismo judicial pasó a llamarse “acción de controversias contractuales”, y, desde entonces, se dispuso que se trataba de una vía para realizar todas las declaraciones y condenas derivadas de la relación contractual. Es decir, en la actualidad se trata de un instrumento residual y multipropósito en el que se puede ventilar cualquier controversia surgida del contrato y, por lo tanto, su procedencia exige que exista un negocio perfeccionado. A manera de ejemplo, es posible solicitar la declaratoria de existencia del contrato¹⁸, de su incumplimiento, la revisión del acuerdo por imprevisión, el restablecimiento del equilibrio económico, la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento, la nulidad de actos administrativos proferidos en la ejecución del contrato y la nulidad del acuerdo. Estas características fueron confirmadas por las sucesivas modificaciones del mecanismo (arts. 32 Ley 446 y 141 CPACA)¹⁹.

1.4. El contencioso precontractual

La jurisprudencia administrativa colombiana adoptó la teoría de los “actos administrativos separables del contrato” y, por lo tanto, susceptibles de ser deman-

17. “Artículo 87. Acciones relativas a contratos. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.

La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato. [...]”.

18. Los contratos regidos por el Estatuto de Contratación Estatal requieren de un escrito, como requisito de existencia. Por lo tanto, respecto de ellos, no es posible obtener la declaratoria judicial de existencia por medios alternos, ya que la sentencia judicial estaría perfeccionando contratos que, en realidad, eran inexistentes. Por el contrario, hay normas especiales que no exigen dicha forma escrita, como, por ejemplo, el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, que previó que los contratos, en caso de declaratoria de calamidad pública, “se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares”. Ello permitió al Consejo de Estado declarar la existencia de un contrato verbal (Consejo de Estado, Secc. 3, Subsecc. B, Sentencia de 18 de noviembre de 2021, exp. 47001-23-33-000-2017-00084-01 [64399]), luego de concluir que “se configuró un contrato con la oferta presentada por el demandante y con la respectiva aceptación de la entidad demandada. Negocio jurídico que, por demás, no se trató de un contrato verbal, sino de un contrato conformado por la oferta, contentiva de los elementos esenciales de un negocio jurídico, que fue comunicada a la administración destinataria, y su respectiva aceptación por parte de la entidad territorial, en cabeza de su representante legal. La Sala recuerda que las partes del contrato firmaron, también, la autorización de inicio de obra”.

19. Cf. Expósito Vélez (2011: 38).

dados de manera autónoma, sin necesidad de cuestionar el contrato mismo (el cual, en muchos casos, no existe aún). Se trató de una influencia directa del derecho francés²⁰ que, aunque inicialmente solo tenía reconocimiento por vía jurisprudencial²¹, fue posteriormente introducida en normas legales.

En efecto, la Ley 19 de 1982, que habilitó al Presidente para expedir un estatuto de contratación mediante un decreto con fuerza de ley, previó que en la formación y adjudicación de los contratos de derecho privado de la Administración —de conocimiento de la jurisdicción ordinaria— podían expedirse actos administrativos, demandables ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (art. 3 de la Ley 19 de 1982). En desarrollo de tal habilitación se expidió el Decreto-ley 222 de 1983, que expresamente confirmó la posibilidad de que los actos previos al contrato de derecho privado de la Administración fueran demandables ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo²², pero no indicó cuál sería el mecanismo para ello. La precisión fue hecha por el artículo 87 del CCA, que dispuso en su tercer inciso, tras regular la acción contractual: "Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código". Las "otras acciones" consistían, entonces, en las que permiten cuestionar actos

20. "Hasta los primeros años del siglo XX las decisiones que precedían, determinaban o, llegado el caso, seguían la realización de una operación que sólo podía dar lugar a un contencioso de plena jurisdicción fueron consideradas como un 'todo indivisible' con esta operación". Sin embargo, la jurisprudencia reconoció "que algunas de estas decisiones, inicialmente incorporadas en las operaciones electorales, fiscales o contractuales e incluidas en el todo indivisible, podían ser consideradas, por sí solas, y no únicamente en su relación con la operación de la que se derivan: es decir que es posible separarlas de esta operación. El interés práctico de su separabilidad consiste autorizar a los interesados a presentar, contra tales decisiones, un recurso por exceso del poder, independientemente de la impugnación de la operación central o final que se realiza a través de un recurso de pleno contencioso, sin que allí se excluya la posibilidad de controvertir la operación final, con fundamento en la ilegalidad de las decisiones separables" (Chapus, 2008: 702, 704). En cuanto a los actos separables del contrato, la primera decisión que lo aceptó fue proferida por el Consejo de Estado francés el 11 de diciembre de 1903, en el caso *Commune de Gorre*, confirmada en la Sentencia de 4 de agosto de 1905, en el caso *Martin*, publicada en *Sirey*, 1906, 3, 49, con nota de Maurice Hauriou.

21. "En providencia de abril 6 de 1972 el Consejo de Estado, precisó que 'la acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el artículo 66, a *toda persona*, no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativas', precisándose que de igual manera que en el Derecho Francés se excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos 'que sólo son susceptibles de la plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquélla proceda, como también sucede en el régimen colombiano contra los actos separables de los mismos'. Sección 1ª, exp. 1714. Anales del Consejo de Estado, Año XLVII, Tomo LXXXII. Primer semestre 1972, Pág. 449" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 12 de abril de 1978, exp. CE-SEC3-EXP1978-N1492 [1942], actor: Sociedad Cía. Colombiana de Construcciones Urbanas, Ltda.).

22. "[...] en los contratos de derecho privado de la administración en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativo" (parágrafo del artículo 17 del Decreto-ley 222 de 1983).

administrativos: acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, de manera asombrosa, dicha impugnación solo era posible una vez terminado o liquidado el contrato (art. 136, penúltimo inciso). Esta limitación temporal fue suprimida por los arts. 17 y 23 del Decreto 2304 de 1989, que modificaron los arts. 87 y 136 del CCA y, por lo tanto, permitieron la impugnación inmediata de los actos administrativos previos al contrato, desde su notificación o publicación.

Aunque la posibilidad de demandar los actos precontractuales no fue expresamente prohibida, el Estatuto de Contratación Estatal —Ley 80 de 1993— no la mencionó y, por el contrario, dispuso que los actos proferidos con motivo u ocasión de la actividad contractual “sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo” (art. 73). Debido a esto, la jurisprudencia concluyó que la posibilidad de demandar los actos precontractuales había sido suprimida²³. Pero tal interpretación no fue uniforme, y existieron sentencias que continuaron aceptando la demanda de los actos precontractuales²⁴. Ante la incertidumbre, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 modificó el artículo 87 del CCA: restableció expresamente la posibilidad de demandar los actos precontractuales y previó un plazo especial de caducidad de 30 días tanto para la acción de nulidad simple como para la de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos previos al contrato, aunque advirtió: “La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato”. La mora judicial, mezclada con los efectos no suspensivos de la demanda, hizo que, en la mayoría de los

23. “[...] el Decreto-Ley 01 de 1984 acogió la anotada distinción de raigambre doctrinal y jurisprudencial, al asignarle al control judicial de los actos denominados previos o ‘separables’ del contrato, el cauce procesal de las acciones procedentes contra cualesquiera otros actos administrativos en general nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho, mientras que se estableció la contractual como la acción pertinente para encauzar pretensiones en contra de actos contractuales propiamente dichos. Esta situación se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, en la cual se dejó de lado la aludida concepción dicotómica que distinguía entre actos previos o ‘separables’ y actos contractuales, para englobar las dos categorías anteriores en una sola, a saber: la de ‘los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual’”. Sin embargo, “[e]sa situación evidenció un nuevo cambio con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., y restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad previa a dicho momento, por una parte y por la otra, las decisiones unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual” (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 18 de marzo de 2010, exp. 25000-23-26-000-1994-00071-01 [14390]). Esta tesis fue expuesta en el Auto de 10 de marzo de 1994, exp. 9118, donde se concluyó que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, el único mecanismo era la acción contractual.

24. Consejo de Estado, Secc. 3, sentencias de 22 de abril de 2009, exp. 14.667, y de 18 de septiembre de 1997, exp. 9118.

casos, la sentencia se profiriera cuando el contrato ya se había ejecutado y liquidado. Por otra parte, la jurisprudencia precisó que la demanda con plazo especial de 30 días no se predicaba del acto de adjudicación, que únicamente era susceptible de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el plazo de 4 meses, y no de nulidad simple²⁵.

Durante la vigencia del actual CPACA se introdujeron tres modificaciones fundamentales al contencioso precontractual: en primer lugar, se amplió el plazo de caducidad de las acciones de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, de 30 días a 4 meses, y, de esta manera, se zanjó la discusión acerca de si determinado acto administrativo, como el de adjudicación, se demandaba en el plazo general de 4 meses o en el especial de 30 días. En segundo lugar, se suprimió la regla según la cual la posibilidad de demandar los actos precontractuales cesaba cuando el contrato ya estuviera perfeccionado, caso en el cual los vicios de estos únicamente podían invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato²⁶. Es por ello que, estando vigente el CPACA, la jurisprudencia concluyó que sí es posible demandar los actos administrativos precontractuales, incluso después de celebrado el contrato, a condición del respeto del plazo de caducidad de la acción²⁷. Finalmente, aunque la demanda de actos precontractuales sigue sin tener un efecto suspensivo automático, la introducción de un nuevo sistema de medidas cautelares permite evidenciar que, actualmente, sí es posible demandar los actos previos y solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional (1) de dicho acto administrativo, (2) del procedimien-

25. "Tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción sigue a aquél, son susceptibles de ser enjuiciados sólo por quien tiene un interés directo en uno y otro, generalmente, por el proponente vencido, sin perjuicio de la titularidad de la acción relativa a controversias contractuales que el legislador ha reconocido al Ministerio Público, para solicitar la nulidad absoluta del contrato" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 54001-23-31-000-1998-01333-01 [19936]).

26. "[...] transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 8 de mayo de 2013, exp. 25000-23-26-000-1999-00747-01 [24218]). La imposibilidad de demandar los actos precontractuales una vez perfeccionado el contrato fue acogida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-712/05.

27. "[...] es posible concluir que para efectos de su control judicial los actos precontractuales hoy en día son separables del negocio jurídico principal incluso luego de que se haya suscrito el contrato, ya que no se introdujo la disposición que indicaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía solicitarse la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, previsión que si se encontraba en la anterior normativa" (Consejo de Estado, Secc. 3, Subsecc. B, Auto de 10 de julio de 2017, exp. 68001-23-33-000-2013-00766-01 [49856]), tesis confirmada en Secc. 3, Subsecc. B, Sentencia de 31 de enero de 2019, exp. 25000-23-36-000-2014-01265-01 (57741).

to administrativo de selección del contratista o, incluso, (3) del contrato mismo²⁸, y tal solicitud puede realizarse en cualquier estado del proceso (art. 230 del CPACA)²⁹. De esta manera, el contencioso precontractual adquirió instrumentos para ser un mecanismo de tutela judicial verdaderamente efectiva.

1.5. El contencioso del enriquecimiento sin causa

Puede llamar la atención que, dentro del contencioso administrativo jurisdiccional de la actividad contractual del Estado, se incluya lo relativo al enriquecimiento sin causa, ya que si hay contrato hay causa. Lamentablemente en Colombia suele ocurrir que se ejecuten obras o se presten servicios sin el cumplimiento de las normas relativas a la selección del contratista y al perfeccionamiento de los contratos³⁰, fruto, en muchos casos, de órdenes informales, motivadas o no por la corrupción. Esta situación se conoce coloquialmente como “hechos cumplidos”, frente a los cuales el derecho debe dar una respuesta. Tal respuesta no puede ser el amparo de la situación, pero tampoco el reproche, considerando que nuestro ordenamiento jurídico se construye a partir de la “causa” y, dependiendo de ella —lícita o ilícita—, se determinan las consecuencias. Así, la prohibición de enriquecimiento sin causa es transversal a todas las ramas del derecho y subyace en normas de distinta índole; se trata de un principio general del derecho. El enrique-

28. Aunque expresamente el artículo 230 del CPACA no mencione la suspensión provisional de contratos, como sí lo hace respecto de los actos administrativos y de los procedimientos administrativos, incluso contractuales, no hay que olvidar que no se trata de una lista cerrada o taxativa, y que, por ello, el numeral 5 del mismo artículo prevé que el juez podrá, a título de medida cautelar: “Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”. ¿Acaso la suspensión del contrato no es, en sí misma, la obligación de no ejecutarlo? Los argumentos expuestos en contra de esta teoría son bastante discutibles, pues se fundan en que los contratos son para cumplirlos, no para ser suspendidos; ¿ni siquiera cuando son lesivos del patrimonio público, de la moralidad administrativa o del orden jurídico?

29. “Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. [...] el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

[...].

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

[...].

30. “[...] el acto de adjudicación de un contrato estatal no perfecciona el contrato per se, pues, como se ha reiterado, se requiere del escrito que es el que tiene el carácter constitutivo del vínculo jurídico contractual” (Exposición Vélez, 2022: 818).

cimiento sin causa no se sanciona, ni se repara. Por consiguiente, frente al enriquecimiento sin causa la solución no es otra que retrotraerlo.

El mecanismo para lograr la reversión de la operación que generó el enriquecimiento sin causa de la entidad estatal, en detrimento de un particular, que se empobreció, es la clásica *actio in rem verso*, que, aunque no está formalmente prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, se tramita como si fuera una acción de reparación directa (art. 140 del CPACA), en los términos y con las consecuencias procesales de dicho mecanismo.

Los requisitos para que prospere la pretensión de reversión del enriquecimiento sin causa son, además de los clásicos de que una de las partes se empobrezca, la otra se enriquezca, ausencia de causa, buena fe e inexistencia de otro mecanismo para corregir la situación, los adicionados en 2012 por la jurisprudencia administrativa para endurecer las condiciones para la prosperidad del mecanismo y evitar así que la *actio in rem verso* se convirtiera en un mecanismo alternativo o paralelo a la contratación administrativa. Con este fin, se exigió que el demandante probara que actuó prevalido de buena fe cualificada, exenta de culpa, y que, con el enriquecimiento sin causa, no se desconocieran normas de orden público³¹. Como la ejecución de prestaciones sin soporte contractual es, por sí sola, un desconocimiento del Estatuto de Contratación Estatal, la propia jurisprudencia debió reconocer excepciones a este requisito, que parecieran ser simples ejemplos de una ponderación caso a caso: (1) cuando se ejecute por fuerza, orden o coacción de una autoridad pública; (2) cuando se pretenda amparar un derecho fundamental, para evitar su afectación irremediable, particularmente respecto del derecho a la salud, a la vida y a la educación³², y (3) cuando la ejecución de la obra o del servicio ocurra en circunstancias de excepcional urgencia, que ni siquiera permiten la declaratoria de la "urgencia manifiesta"³³. Como ha criticado con razón la doctrina, dichas excepciones no son realmente fuente de enriquecimiento sin causa, porque sí que la hay: son daños antijurídicos causados por fallas del servicio (la coacción y la omisión de las condiciones necesarias para prestar adecuadamente el servicio público de

31. Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897 (Ibagón Ibagón, 2013).

32. La excepción relativa al derecho a la educación fue agregada por Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 6 de febrero de 2020, exp. 46361.

33. La declaratoria de la "urgencia manifiesta" es una causa de contratación administrativa directa, es decir, sin necesidad de acudir a un procedimiento de selección de contratista abierto a etapas de presentación de distintas ofertas. De declararse formalmente la urgencia manifiesta, se autoriza a que el contrato no conste por escrito, y en todo caso, de declararse la urgencia manifiesta, las controversias que de allí surjan sí serán contractuales y no de la *actio in rem verso*.

salud y de educación) o por rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas —daño especial— (el caso de la urgencia cualificada)³⁴.

1.6. El éxito del arbitraje como efecto y causa del desprestigio de los mecanismos ante el juez

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo padece de congestión, que genera mora y lucha contra ambas. Se trata de un fenómeno antiguo frente al cual se han implementado muchas estrategias: creación de instancias adicionales³⁵, acompañada de constantes reasignaciones o distribución de las competencias entre ellas³⁶, ampliación de las plantas de personal³⁷, no solo permanentes, sino también de equipos transitorios de descongestión, subdivisión de las salas para optimizar la decisión de los asuntos, con la participación de menos magistrados³⁸, previsión de requisitos adicionales para poder demandar, especialmente la conciliación prejudicial y múltiples retoques procesales concebidos para aligerar y acelerar la decisión de los expedientes³⁹.

Sin embargo, en la actualidad los asuntos donde hay mayor congestión no son los relativos a la contratación administrativa, sino, en especial, los de

34. Cf. Hernández Silva (2017).

35. Los jueces administrativos de primera instancia fueron previstos por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996, pero el Consejo Superior de la Judicatura solo los implementó efectivamente diez años después; mediante el Acuerdo n.º 3333, de 3 de marzo de 2006, el Consejo Superior de la Judicatura dispuso la creación de 257 juzgados administrativos en todo el país.

36. La reciente Ley 2080 de 2021 transfirió muchas competencias del Consejo de Estado a los tribunales administrativos.

37. “[...] la única medida eficaz para el aumento de oferta de justicia y la única medida eficaz para disminuir la congestión, que no tiene impacto sobre los derechos de los administrados, es aumentar el número de funcionarios judiciales que atienden los procesos, al menos hasta que la jurisdicción alcance los denominados puntos de ‘capacidad máxima’ por funcionario” (Barreto Cifuentes, 2022: 1003).

38. Las secciones más congestionadas del Consejo de Estado, la segunda y la tercera, fueron subdivididas en subsecciones conformadas por tres magistrados por la Ley Estatutaria 1285 de 2009.

39. Por ejemplo, el CPACA dispuso que, con la contestación de la demanda, la entidad pública demandada debe, obligatoriamente, aportar copia íntegra del expediente administrativo, y, en caso de demandas de responsabilidad médica, copia transcrita de la historia clínica, todo esto sin necesidad de requerimiento del juez. Igualmente, la Ley 2080 de 2021 previó una serie de eventos en los que el juez puede proferir sentencia anticipada, sin necesidad de agotar todas las etapas del proceso, incluidas las diferentes audiencias. Lamentablemente, recientemente el Consejo de Estado concluyó que, si la segunda instancia decide que no se había configurado la causa de la sentencia anticipada (caducidad, por ejemplo), se revive la primera instancia, por orden del superior funcional, para que se desarrolle completamente la primera instancia y la sentencia pueda ser nuevamente apelada. Irónicamente, un mecanismo concebido para simplificar el proceso terminó siendo una causa.

responsabilidad extracontractual del Estado y los de litigios laborales y de seguridad social. Llama la atención que, en la sección del Consejo de Estado competente para resolver las controversias contractuales, transcurren menos de dos años para decidir la apelación en estos asuntos, mientras que los asuntos pueden tardar alrededor de diez años en primera instancia, en los tribunales administrativos⁴⁰, lo que, aunque no es óptimo, sí contrasta con los nueve años que puede tardarse para decidir una acción de responsabilidad extracontractual, en segunda instancia, en la misma sección del Consejo de Estado⁴¹. Una hipótesis respecto de la causa de tal diferencia entre las controversias contractuales y las extracontractuales podría encontrarse en que las controversias contractuales sí son susceptibles de ser sometidas a tribunales arbitrales⁴², mientras que, en la actualidad, no se ha aceptado la posibilidad de someter a arbitraje las controversias de responsabilidad extracontractual del Estado⁴³, ni, mucho menos, las relativas a los litigios laborales de los servidores públicos.

En el derecho colombiano, el "arbitramento" de problemas jurídicos⁴⁴ es un mecanismo de resolución de litigios o controversias mediante el cual uno o varios particulares⁴⁵, denominados árbitros, ejercen la función pública jurisdiccional⁴⁶, gracias a una habilitación concreta de las partes en el contencioso, fruto

40. Por ejemplo, una demanda presentada el 15 de noviembre de 2011 fue resuelta por el Tribunal Administrativo de Antioquia nueve años después, el 7 de octubre de 2020, y la apelación se resolvió el 23 de noviembre de 2022, mediante la Sentencia de la Secc. 3, Subsecc. B., en el exp. 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700).

41. Por ejemplo, una demanda presentada el 10 de septiembre de 2008 fue decidida el 24 de mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y su apelación fue fallada por el Consejo de Estado el 23 de noviembre de 2022, mediante la Sentencia de la Secc. 3, Subsecc. B., en el exp. 05001-23-31-000-2008-01198-02 (50.294).

42. Los artículos 70 a 72 del Estatuto de Contratación Estatal autorizaron someter las controversias contractuales a arbitraje, y allí se previó, por ejemplo, que el laudo debía fundarse en derecho, así como lo relativo a la cláusula compromisoria y al pacto arbitral. El asunto se encuentra desarrollado en los artículos 1 a 3 del Estatuto de Arbitraje. Ley 1563 de 2012.

43. La profesora Aída Patricia Hernández Silva presenta buenos argumentos para defender la posibilidad de someter a arbitraje la responsabilidad extracontractual del Estado (Hernández Silva, 2022). Asimismo, se tramita actualmente un proyecto de ley para crear el proceso ejecutivo arbitral. Cf. Lozano Villegas (2022).

44. El art. 74 de la Ley 80 de 1993 daba base al arbitraje técnico para que expertos resolvieran problemas no jurídicos. "Sin embargo, en la práctica las partes contractuales han perdido interés en acudir a este mecanismo de forma que no es tan usual encontrarlo pactado" (Covilla Martínez, 2022: 172). Actualmente, el art. 14.a de la Ley 1682 de 2013 limitó en extremo esta posibilidad, al disponer que la única decisión que no se exige en derecho es la de la amigable composición.

45. En Colombia no se prevé el arbitraje institucional del artículo 14 de la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

46. El artículo 116 de la Constitución autorizó, de manera expresa, que los particulares administren justicia en calidad de conciliadores o de árbitros, y se reiteró en el inc. 3 del artículo 8 de la Ley 270 de 1996.

de la autonomía de su voluntad, manifestada en una cláusula del contrato que genera la controversia —“cláusula compromisoria”—, o de un negocio jurídico posterior, cuyo único objeto es el de someter el asunto a arbitraje —“pacto arbitral”—. Los árbitros deciden⁴⁷ a través de un laudo, providencia que hace tránsito a cosa juzgada y únicamente es susceptible de los recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales⁴⁸ y de revisión⁴⁹, ambos de competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, si una de las partes en el contencioso decidido por los árbitros es una entidad pública. Igualmente, también es posible ejercer una excepcional acción de tutela contra el laudo⁵⁰, cuya procedencia y prosperidad son aún más exigentes que respecto de las sentencias de los jueces, considerando el mayor margen de apreciación que el acto de voluntad de las partes otorga a los árbitros. También es posible demandar ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la condena en responsabilidad del Estado, en cabeza de la rama judicial, por los daños resultantes de los errores arbitrales que no pudieron corregirse mediante los recursos antes mencionados⁵¹.

El recurso a la justicia privada que ofrece el arbitraje es cada día más frecuente, como un atajo a una justicia institucional, confiable, pero que car-

47. Existían, en Colombia, límites materiales a los asuntos que eran susceptibles de ser sometidos a arbitraje, en especial, al exigir que se tratara de asuntos que pudieran ser transigibles. Asuntos susceptibles de transacción, “lo cual excluye, en consecuencia, materias como la legalidad del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, o de los actos administrativos que se presenten en desarrollo de la actividad contractual” (Santofimio Gamboa, 2004: 300). En dicho contexto, la Corte Constitucional concluyó que “no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos” (Sentencia C-1436/00). Esta limitación es congruente con el derecho español, en donde existen “una serie de prevenciones y exigencias que individualizan la institución del arbitraje administrativo, que, en lo fundamental, en España, son la existencia de base legal, la imposibilidad de que verse sobre el ejercicio de potestades de la Administración, su sometimiento a exigencias procedimentales especiales y la necesidad de que subsista un ámbito mínimo de control judicial” (Galán Galán, 2022: 67).

48. Artículos 40-44 del Estatuto de Arbitraje, Ley 1563 de 2012. Cf. Canal Silva (2022) e Ibagón Ibagón (2022).

49. Artículos 45 y 46 del Estatuto de Arbitraje, Ley 1563 de 2012.

50. Cf. Corte Constitucional, Sentencia SU-6565/17.

51. Consejo de Estado, Secc. 3, Subsecc. B, Sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 13001-23-31-000-2005-01670-01 (39.798). Con fundamento, entre otras normas, en los artículos 71 y 74 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996, allí se concluyó: “La Rama Judicial sí está legitimada formal y materialmente para responder por los daños antijurídicos originados con ocasión de errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales, con independencia de que los árbitros sean particulares en ejercicio de función jurisdiccional ya que la Ley 270 de 1996 los equiparó a los agentes judiciales para efectos de la responsabilidad patrimonial”, aunque “[...] el estándar de error que compromete la responsabilidad del Estado debe ser aún mayor cuando quien lo comete no son los jueces de la República sino los árbitros y, por consiguiente, se excluye el error si la interpretación es medianamente razonable, se apoya en el material probatorio y existe motivación en el laudo”.

ga consigo la mancha de la lentitud⁵². La rapidez también puede explicarse no solo por el alto costo de los servicios de los árbitros, sino, adicionalmente, porque con el arbitraje se renuncia a la doble instancia de la que se dispondría ante los jueces. En muchos contratos se exige, como cláusula de estilo, la resolución arbitral de las competencias, como una manera adicional de generar confianza entre las partes, frente a una jurisdicción que es percibida por algunos como excesivamente protectora de los intereses de las entidades públicas. Así, el éxito del arbitraje en asuntos de lo contencioso-administrativo trae, de contragolpe, la confirmación implícita de la idea de que los jueces son excesivamente lentos y poco fiables, aunque el espejismo se diluye cuando se advierte que las impugnaciones de laudos son recurrentes, a partir de la idea contradictoria de desconfiar en los jueces, pero acudir finalmente a ellos.

El panorama descrito puede dibujarse, en síntesis, de la siguiente manera: en el derecho colombiano existen suficientes y sofisticados instrumentos judiciales para la resolución de los diferentes litigios y controversias que giran alrededor de los contratos administrativos, pero la tendencia, en las grandes contrataciones al menos, consiste en preferir la justicia de los particulares, en calidad de árbitros. Entre estos extremos, y ante la ausencia de un sistema propio de recursos administrativos en la materia o, al menos, de aplicación de los recursos generales, no sería ilógico pensar en la creación de otra vía, a través de un recurso administrativo especial. Ante esto, vale la pena preguntarse: ¿cuál podría ser la naturaleza, cuáles las garantías y respecto de qué asuntos podría conocer un eventual "tribunal administrativo" de recursos contractuales en el derecho colombiano?

2. La naturaleza, garantías y competencia de un eventual "tribunal administrativo" de recursos contractuales

2.1. La pertinencia y la urgencia de la discusión

La previsión de mecanismos administrativos de resolución de litigios y controversias contractuales es un asunto del que poco se discute en el derecho administrativo colombiano, a pesar de que una parte importante del éxito del instrumento contractual radica en la pronta y adecuada resolución de las controversias que surgen alrededor de la selección del contratista y de la ejecución del acuerdo. Lo anterior contrasta con el hecho de que es jus-

52. Se acude al arbitraje "con el ánimo de garantizar a los asociados la resolución pronta de los conflictos derivados de las relaciones negociales del Estado" (Santofimio Gamboa, 2017: 885).

tamente la contratación administrativa uno de los temas que, de la mejor manera, serían aptos para ser resueltos por vía administrativa: se trata de un asunto técnico, debidamente reglamentado (lamentablemente sobre-reglamentado), en el que la jurisprudencia administrativa podría dar lugar a la elaboración de manuales de decisión de los asuntos y en el que se acepta, en principio, que la Administración pública disponga de unos poderes distintos y superiores que los reconocidos al particular contratista⁵³. Dichos poderes exorbitantes son ya, actualmente, mecanismos que, *de facto*, resuelven controversias contractuales. Por ejemplo, la Administración contratante dispone de facultades para restablecer el equilibrio económico del contrato, frente a las reclamaciones de ajuste hechas por parte del contratista; puede declarar el incumplimiento del contrato e, incluso, la liquidación del negocio, mediante acto administrativo. Es, en sí misma, una oportunidad para resolver reclamos hechos por el contratista. Sin embargo, estas facultades de la Administración contratante no han sido aún abordadas desde este ángulo, y fácilmente se caería en el error de considerar que allí la Administración previene litigios, pero no los resuelve.

¿Por qué, entonces, la discusión acerca de la previsión de “tribunales” administrativos de recursos “contractuales”? ¿por qué es una discusión aplazable, pero no evitable? Se trata de una discusión que carece de urgencia en el derecho colombiano, porque ninguna norma interna, ni comunitaria —directiva—, que imponga transposición o implementación, impone la creación de este instrumento en el derecho nacional. La discusión es aplazable porque, a pesar de los problemas y las críticas evidenciadas, el sistema funciona, y porque la política pública no se ha concentrado en esta problemática. Pero es inevitable que, tarde o temprano, el arbitramento entre en crisis: por sus costos, por la falta de uniformidad de sus decisiones, porque sus laudos terminan en recursos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y en acciones de tutela. Adicionalmente, porque la globalización de los mercados, incluido el de los contratos públicos, conducirá a que los financiadores multilaterales, los inversionistas y los contratistas del Estado exijan la implementación de este tipo de instrumentos de resolución administrativa de los litigios y las controversias, y, finalmente, por la irremediable xenofilia jurídica del derecho colombiano, sobre todo cuando la doctrina evidencie los méritos del sistema de TARC para la eficiencia y la eficacia administrativas. Es por ello que, a continuación, se formularán algunos de los elementos

53. La expresión “en principio” quiere dejar constancia de la tendencia a mutilar las facultades excepcionales de la Administración contratante, en pro de generar confianza en el contratista, para hacer atractiva la contratación administrativa y, por otra parte, para no desnaturalizar la relación asociativa, no unilateral, más que colaborativa, de los contratos de asociación público-privada. Cf. Carbajales (2021).

a partir de los cuales se podría emprender la discusión acerca de la implementación de este instrumento.

2.2. La naturaleza del órgano, del recurso y de la función

El nombre dado al instrumento es un indicio bastante débil de la naturaleza jurídica a determinar. Por ejemplo, muchos de los actos administrativos del derecho administrativo colombiano se denominan "fallos", y los procedimientos administrativos para adoptarlos se llaman "juicios"⁵⁴, e incluso a algunos funcionarios administrativos se les dio el nombre de "magistrados"⁵⁵. En este sentido, en cuanto a la expresión "tribunales administrativos", aunque a primera vista indicaría que se trata de órganos jurisdiccionales, la experiencia anglosajona respecto de los "*administrative tribunals*" demostró, de nuevo, que es engañosa, y en realidad, aunque sonora y rimbombante, es inconveniente, por las confusiones que genera.

En el derecho público colombiano la naturaleza del órgano no necesariamente coincide con la función que ejerce. Como una manifestación del ejercicio multiorgánico del poder público⁵⁶, el artículo 116 de la Constitución autorizó, de manera expresa, que la función jurisdiccional sea ejercida, de manera excepcional, por fuera de la rama judicial, por parte de las autoridades administrativas, a través de las denominadas "funciones jurisdiccionales de la Administración". Se trata de una forma de colaboración armónica entre ramas del poder público (art. 113 de la Constitución colombiana⁵⁷) que se materializa en un traslado puntual, determinado y delimitado de una función previamente ejercida por los jueces a una autoridad administrativa, que cuenta con las condiciones y las habilidades necesarias para decidir adecuadamente el asunto, a través de un proceso y de una sentencia⁵⁸. Así, la

54. El fallo de responsabilidad disciplinaria y el de responsabilidad fiscal, este último adoptado como fruto de un juicio de responsabilidad fiscal.

55. Los miembros del Consejo Nacional Electoral, autoridad administrativa.

56. Cf. Ospina Garzón (2020).

57. "Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

58. A primera vista, la autorización constitucional colombiana para que la función jurisdiccional sea ejercida externamente al poder judicial contrasta con el artículo 117 de la Constitución española, que dispone que la potestad jurisdiccional es exclusiva de tribunales y juzgados. Pero resulta difícil de entender el carácter absoluto de tal norma constitucional, teniendo en cuenta que, en España, el laudo arbitral proferido por los particulares hace tránsito a cosa juzgada (artículo 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), e, incluso, se prevé que el

excepcionalidad que exige la Constitución se materializa no únicamente en el carácter delimitado de la atribución, sino, además, en que el legislador debe tener razones suficientes para exceptuar a la rama judicial, fundamentalmente en consideración del carácter técnico del asunto y de la idoneidad de la autoridad administrativa que ejercerá la función.

Lo anterior indica que, en el derecho colombiano, el recurso especial ante el “tribunal administrativo” de recursos en materia de contratación podría tener naturaleza jurisdiccional —ser una acción judicial—, y, por lo tanto, su trámite podría ser un proceso judicial, así como su decisión una sentencia revestida del efecto formal de cosa juzgada, todo esto sin necesidad de que el órgano encargado de su decisión sea, a la vez, un órgano jurisdiccional (juez o tribunal), sino una autoridad administrativa.

La atribución de funciones jurisdiccionales a una determinada autoridad administrativa, experta en materia de contratación administrativa, como es, por ejemplo, el caso de la Agencia Colombiana de Contratación Colombia Compra Eficiente⁵⁹, implicaría asignarle el conocimiento de algunas de las competencias de las que actualmente dispone la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, respecto de las controversias contractuales o precontractuales, y, para garantizar adecuadamente el derecho de acceso a la Administración de Justicia, la competencia de la autoridad administrativa debería ser “a prevención” con la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, es decir, que se mantendría la posibilidad de acudir a los jueces, como una alternativa en manos del demandante⁶⁰. Adicionalmente, con la atribución de funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa no se perdería la posibilidad de apelar la sentencia, porque, en todo caso, la decisión proferida por la autoridad administrativa sería objeto de recurso ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo⁶¹.

arbitraje puede ser institucional, por parte de corporaciones de derecho público y de entidades públicas (artículo 14.1.a de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

59. El artículo 1 del Decreto-ley 4170 de 2011 dispuso: “Creación de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. Créase la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, como una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación”.

60. Artículo 24 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012: “Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. [...] Parágrafo primero. Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos”.

61. Artículo 105 del CPACA – Ley 1437 de 2011: “Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: [...] 2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las com-

Por otro lado, el recurso en cuestión podría tener naturaleza administrativa. Debe aclararse, de manera preliminar, que la calificación del recurso o de la función ejercida como "cuasi jurisdiccional", "cuasi judicial" o "casi judicial" no corresponde a un ejercicio científico propio del establecimiento de la definición (*de-finis*), ni siquiera de la noción (*notio*), que se lograría a través de la determinación de la naturaleza jurídica, por su encuadramiento en categorías preestablecidas. La referencia a lo cuasi judicial o cuasi jurisdiccional constituye un simple ejercicio de descripción desde asimilaciones construidas a partir de conceptos discutibles y de peligrosos criterios materiales; así, si resolver litigios es lo que caracteriza y define lo judicial o lo jurisdiccional⁶², cuando la Administración ejerce dicha actividad estaría realizando algo que no le es propio y, por lo tanto, su función no sería completamente administrativa, sino algo espurio que se parece a lo judicial, pero no alcanza a serlo, porque quien lo ejerce no es un juez o un tribunal. Además del error implícito de considerar que la resolución de este tipo de recursos no corresponde, del todo, a la función administrativa y tiene algo de judicial/jurisdiccional, metodológicamente este tipo de descripciones (cuasi o casi) conduce a abandonar la investigación, al conformarse con decir que es cuasi algo o casi algo, pero sin determinar, real y finalmente, de qué se trata. Es por eso que, en el ejercicio de determinación de la naturaleza jurídica, la extendida teoría de lo cuasi judicial o lo cuasi jurisdiccional, adoptada incluso por muchos tribunales del mundo⁶³, no significa aporte científico alguno y genera confusiones.

En realidad, cuando las autoridades administrativas resuelven este tipo de litigios o controversias planteadas a través de recursos administrativos generales o especiales no están ejerciendo nada distinto que la función administrativa misma, lo que, por no encajar en las actividades clásicas de po-

petencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado". Igualmente el inciso 3 del párrafo 3 del artículo: "Las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable".

62. Cf. Velasco Caballero (2015: 151): "Los ALJ son siempre poder ejecutivo (actúan siempre en agencias o departamentos de los distintos poderes ejecutivos), pero carecen de dirección o decisión política. Y aunque son parte del poder ejecutivo, **resuelven controversias en la aplicación individual de las normas, que es lo propio de la función judicial**" (negritas agregadas).

63. Por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S 602 (1935).

licia administrativa, servicio público, fomento, regulación, etc., no significa que se trate de una anomalía: estamos ante una “función administrativa de resolución de litigios y controversias”⁶⁴ que, a través de un ejercicio de definición —creación de una categoría nueva—, hemos denominado la “actividad contenciosa de la Administración pública”⁶⁵. La actividad contenciosa de la Administración consiste en la función administrativa de resolver litigios y controversias a través de actos administrativos que, por lo tanto, son susceptibles de control o revisión judicial. La actividad contenciosa de la Administración no es una función “algo, un poco o muy” judicial; es una función plenamente administrativa.

La actividad contenciosa de la Administración es compatible con el principio de separación entre ramas del poder público, por tres razones: no existen funciones exclusivas de las ramas del poder público; la resolución de litigios y controversias no es una función exclusivamente jurisdiccional, y, por lo tanto, no la define, y, finalmente, ni siquiera se trata de una excepción al mencionado principio, porque la Administración pública, a través de esta actividad, ejerce plenamente la función administrativa, tanto por los fines que persigue, como por los instrumentos de los que se vale. Los actos administrativos contenciosos no hacen tránsito a cosa juzgada, y, por lo tanto, son objeto de revisión judicial. No es una función excepcional, sino que se ejerce de ordinario por las autoridades administrativas, como un instrumento para alcanzar las misiones que les son encomendadas.

Ahora bien, para que estos recursos especiales se conviertan en instrumentos de la actividad contenciosa de la Administración, sería necesaria la implementación de una serie de medidas orgánicas, normativas y de política pública, que en escritos anteriores hemos preconizado. En este caso: “Sólo cuando los recursos administrativos demuestren eficacia, en dichas materias o frente a dichas instancias, ameritarán que el legislador establezca, caso a caso, no de manera general, que acudir a ellos es un requisito previo para ac-

64. Uno de los intentos más interesantes de definir esta función administrativa se encuentra en la teoría de Mario Nigro, respecto de la actividad administrativa decisoria. Lamentablemente su teoría propugnaba reconocer efectos de cosa juzgada a las decisiones, lo que constituía una contradicción tan importante que impidió que esta teoría prosperara, y, finalmente, fue abandonada. Cf. Nigro (1953: 33; 1962: 812) y Benvenuti (1959: 547). Otro intento de explicar esta función se encuentra en la teoría de la actividad administrativa procesal (Bocchini, 2004: 348). Una parte de la actividad contenciosa de la Administración coincide con lo que la doctrina española denomina la actividad administrativa arbitral (Parada Vázquez, 1992: 1174; Guillén, 2005: 360). Para el derecho peruano, se trata de la teoría del procedimiento administrativo trilateral (Danós, 2001: 20-21; Martín Tirado, 2003: 470). En cierto modo, la doctrina de los Estados Unidos intenta circunscribir esta función cuando la ejercen las agencias independientes, mediante la *adjudication function* (Verkuil, 1988: 271).

65. Cf. Ospina Garzón (2012; 2016: 665-666; 2019).

ceder al juez. Es inadmisibles entonces que los recursos administrativos sigan siendo un instrumento no contencioso, cuya única función es la de ser un dique contra la marea de demandas que congestionan el juez, no porque los administrados encuentran allí justicia, sino porque mientras más requisitos tenga la demanda, mayores razones para inadmitirla y luego rechazarla⁶⁶.

En suma, en el derecho colombiano el recurso ante los "tribunales" administrativos de recursos en materia de contratación podría tener naturaleza jurisdiccional o naturaleza administrativa, según la voluntad del legislador⁶⁷.

2.3. Las consecuencias de la naturaleza jurisdiccional o administrativa

Ya que la diferencia entre la función administrativa y la jurisdiccional es formal, las consecuencias lo son igualmente, pero formal no significa irrelevante. Todo lo contrario. Así, si al crear el recurso especial el legislador le asigna la naturaleza jurisdiccional, su trámite corresponderá a un proceso judicial regido, salvo disposición especial, por el Código General del Proceso⁶⁸, con todas las consecuencias propias de ello. La decisión sobre el recurso sería una sentencia apelable ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Por el contrario, si el recurso tiene naturaleza administrativa su trámite se regiría, salvo previsión legal especial, por el Código de Procedimiento Administrativo CPACA, con las consecuencias propias de ello. La decisión sobre el recurso sería un acto administrativo y su articulación con la jurisdicción de lo contencioso-administrativo implicaría determinar, entre otros asuntos: (1) si se trata de un requisito para poder ejercer los mecanismos jurisdiccionales del contencioso contractual o del precontractual (requisito de procedibilidad), y (2) el grado de congruencia que debe existir entre la reclamación realizada a través del recurso y aquella que se presenta, con posterioridad, ante el juez.

En el caso de que el recurso tenga naturaleza administrativa, los atributos propios del acto administrativo serían suficientes para decidir adecua-

66. Ospina Garzón (2019: 311).

67. Si no se determina expresamente su naturaleza, y su conocimiento se asigna a una autoridad administrativa, como sería el caso de la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, habrá de concluirse que se trata de un recurso administrativo especial —función administrativa—, ya que, como las funciones jurisdiccionales de la Administración son excepcionales, por mandato constitucional, únicamente tiene naturaleza jurisdiccional si el legislador la atribuyó de manera expresa.

68. El artículo 1 del Código General del Proceso dispone: "Artículo 1. Objeto. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes".

damente el asunto: su carácter ejecutorio y la presunción de legalidad implicarían que, de inmediato, la decisión tendría efectos jurídicos respecto de la relación contractual, pudiendo, incluso, modificar el negocio e imponer obligaciones a las partes. Se trataría del reconocimiento de una prerrogativa adicional frente al contrato administrativo, pero, en este caso, no proveniente de la Administración contratante, sino del órgano encargado de resolver los recursos en materia contractual.

Debe tenerse en cuenta que la cosa juzgada debe ser el resultado de una serie importante de garantías, que difícilmente se encuentran en las autoridades administrativas. Por el contrario, la actividad contenciosa de la Administración permitiría mejores sinergias entre las autoridades administrativas contratantes y el órgano encargado de resolver el recurso administrativo especial, sin dejar de lado la protección adecuada del debido proceso ante una autoridad administrativa suficientemente técnica y con la posibilidad de un control judicial posterior.

2.4. Las garantías de independencia e imparcialidad del órgano encargado de decidir el recurso

De manera previa se requeriría discutir acerca de la necesidad de independencia e imparcialidad. Se trata de preguntarse por la justificación de dotar al órgano encargado de decidir el recurso especial de garantías suficientes de independencia y de garantías adicionales a las que, de ordinario, rodean la imparcialidad administrativa. De por sí, el reforzamiento de la independencia y la imparcialidad haría especial este recurso administrativo, como ha ocurrido en Europa, haciéndolo diferente de los desprestigiados recursos clásicos⁶⁹. Las razones para exigir que el órgano que decida este recurso especial sea independiente y ofrezca suficientes razones para confiar en su imparcialidad pueden ser las siguientes (sin pretensión de exhaustividad): (1) la efectividad del recurso, como mecanismo que decida realmente el

69. "Una de esas reformas es la sustitución de los actuales recursos de alzada y reposición (muy poco eficaces) por recursos administrativos ante órganos colegiados independientes en el seno de la propia Administración. Esa propuesta entroncaba con la tradición británica de tribunales administrativos (sobre todo desde su reforma por medio de la *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*)(2). Esta senda tiene ya en España algunos precedentes destacados, como son los tradicionales tribunales económico-administrativos o los más recientes tribunales de recursos contractuales. En ambos casos las leyes pretenden, mediante la creación de órganos 'independientes', reforzar la objetividad de la Administración pública que resuelve sobre expedientes concretos. Tanto la experiencia británica reseñada como las experiencias españolas tradicionales y contemporáneas centran los esfuerzos de objetividad en los recursos administrativos ante órganos independientes" (Velasco Caballero, 2015).

contencioso, mediante una decisión aceptada por las partes, gracias a la confianza que generan las apariencias; (2) la calidad de la decisión, porque la independencia y la imparcialidad contribuyen a que su motivación sea exclusivamente técnica, ajena a otro tipo de intereses, y (3) la contribución del recurso a hacer más atractiva la contratación administrativa, al existir una instancia ajena a la entidad contratante, que resuelva el asunto de manera técnica, rápida y menos costosa que la vía judicial o la arbitral.

La independencia y la imparcialidad son garantías distintas, pero dependientes. Es posible que una autoridad clásica, sometida a jerarquía, sea imparcial, y, por lo tanto, la imparcialidad no es un atributo exclusivo de las autoridades administrativas independientes. Sin embargo, la falta de independencia del órgano respecto del poder político, frente a otras Administraciones, respecto de las partes o, incluso, frente a los poderes económicos, afecta necesariamente a la imparcialidad. Es por eso que, en ocasiones, resulta difícil precisar si cierta garantía protege la independencia o la imparcialidad. En otras palabras, la independencia es una de las garantías de la imparcialidad.

Ahora bien, la independencia de las autoridades administrativas, en ejercicio de funciones administrativas o, incluso, jurisdiccionales, no es una garantía adecuadamente protegida en el derecho colombiano. Las pocas "autoridades administrativas independientes" que existen, gozan de garantías dispares e insuficientes, y en muchas ocasiones la excesiva independencia es percibida como un defecto; por ello, las reformas conducen a su reemplazo por autoridades aún más dependientes⁷⁰. A pesar de que es posible encontrar autoridades administrativas en cuyo acto de creación se indica que gozan de autonomía e independencia, carecen de verdaderas garantías para ello, y, por el contrario, en su funcionamiento se introducen diversos mecanismos de tutela, de intensidad variable: la dependencia presupuestaria, la nominación por un órgano político, la posibilidad de reelección, la presencia de representantes del Gobierno nacional o local en sus órganos de dirección, e incluso la existencia de recursos frente a sus decisiones ante autoridades de la estructura administrativa.

70. El caso más dicente respecto de esta situación es la extinta Comisión Nacional de Televisión, pues, aunque tenía rango constitucional y allí se disponía expresamente su naturaleza "autónoma e independiente", sus miembros —comisionados— eran nombrados por el Presidente de la República. Esta autoridad fue finalmente suprimida después de que, en 1998, se presentara para que el entonces presidente, Ernesto Samper Pizano, tomara venganza respecto de los medios de comunicación que denunciaron que su campaña presidencial había sido financiada con dinero del narcotráfico. Es decir, que este órgano era independiente únicamente desde un punto de vista nominal. Tras su supresión, las funciones de regulación de la televisión fueron atribuidas a un órgano explícitamente dependiente —Autoridad Nacional de Televisión—, sometido al control de tutela del Ministerio de las TIC.

Si la independencia es una característica propia de los tribunales y de los jueces, y, por lo tanto, las garantías de independencia judicial constituyen, en cierta medida, un modelo para construir la independencia de las autoridades administrativas, podría pensarse, a primera vista, que sería preferible que el recurso en cuestión tenga naturaleza jurisdiccional (funciones jurisdiccionales de la Administración). No obstante, y de manera reprochable, las autoridades administrativas que actualmente disponen de facultades jurisdiccionales no gozan de garantías de independencia, ni siquiera cercanas a las de los jueces: sus directores son nombrados por el Presidente de la República, en algunos casos para un período fijo, pero, en otros, se trata de funcionarios discrecionales o de estabilidad precaria (libre nombramiento y remoción). La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de funciones jurisdiccionales de la Administración únicamente exige que, dentro de la estructura interna de la autoridad administrativa, exista separación entre el órgano o el funcionario que ejerce la función administrativa y aquel que ejerce la función jurisdiccional⁷¹. Sin embargo, la misma jurisprudencia constitucional, lo mismo que la ley, no exigen ningún tipo de garantías estatutarias que protejan a la persona encargada de proferir la sentencia, e incluso se aplican irregularmente categorías propias del ejercicio de la función administrativa al ejercicio de las funciones jurisdiccionales; por ejemplo, se permite la delegación de la función jurisdiccionalⁱⁱⁱ. Ante este panorama, es posible aventurarse a sostener que uno de los retos más importantes que debería afrontar la creación de “tribunales” administrativos de recursos en materia de contratación, en el derecho colombiano, es, sin duda, la previsión de reales y suficientes garantías de independencia e imparcialidad del órgano encargado de resolver el recurso, porque, de lo contrario, podría terminar siendo un órgano materialmente bajo tutela.

2.5. Los asuntos que podrían someterse al recurso especial

[...] es justamente en la materia contractual en donde la Administración Pública goza de las más amplias prerrogativas declarativas y ejecutivas, por lo cual, es allí en donde las funciones contenciosas de la Administración encontrarían su ambiente natural. Adicionalmente, el carácter técnico del asunto otorgaría a las autoridades administrativas un margen importante de apreciación para decidir los asuntos y, por contragolpe, se podría reducir la intensidad del control judicial de las decisiones administrativas que se adop-

71. Por esta razón, las distintas superintendencias que actualmente gozan de funciones jurisdiccionales cuentan, dentro de su estructura, con dependencias dedicadas exclusivamente a dicha actividad (delegación para las funciones jurisdiccionales).

ten en las controversias contractuales"⁷². En concreto, tres son las preguntas que, en principio, deben abordarse respecto de los asuntos que podrían someterse a este recurso:

1. ¿Se debe generalizar la prerrogativa de la decisión previa? Debe recordarse que, en la actualidad, no existe una obligación legal general de someter, de manera previa, todas las reclamaciones del contratista a una decisión previa de la autoridad administrativa contratante. Es por ello que las demandas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo proceden, hoy en día, por hechos y omisiones administrativas. En este sentido, la primera discusión que debería surtirse sería la de la conveniencia de exigir un pronunciamiento previo de la Administración contratante, la que sería objeto del recurso. De esta manera, el recurso en cuestión tendría algo clásico, ya que procedería, únicamente, respecto de actos administrativos. La prerrogativa de la decisión administrativa previa podría justificarse por su utilidad en la depuración previa del contencioso, pero, a la vez, podría ser percibida con sospecha, porque el recurso procedería respecto de una decisión revestida de presunción de legalidad, y esto podría conducir a limitar o a tecnificar la resolución del recurso especial. Por lo tanto, nada se opone a que el recurso especial que se crearía para resolver el contencioso en materia contractual conserve la misma causa que tiene actualmente el proceso judicial: hechos, omisiones e, incluso, actos administrativos.

2. ¿El recurso podría predicarse únicamente de controversias contractuales, o, también, de precontractuales? El contencioso precontractual (validez de los pliegos de condiciones o del llamado a ofrecer calidades mínimas para ofertar o requisitos habilitantes, pero también la selección de la mejor oferta) gira en torno de actos administrativos proferidos dentro de los diferentes procedimientos para la selección de los contratistas. Es un contencioso reglamentado y técnico, con parámetros o referentes de decisión más o menos determinados: el Estatuto de Contratación Estatal, sus decretos reglamentarios, los pliegos tipo e, incluso, la doctrina de la Agencia Colombia Compra Eficiente. Estas características podrían jugar a favor de que el recurso especial sea creado para resolver estos asuntos precontractuales, como ocurre en el caso de los TARC europeos. Podría argumentarse que tal recurso contribuiría a la resolución rápida de las objeciones en el procedimiento de selección del contratista, y, en último término, a la descongestión de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Ahora bien, el alcance de la decisión del recurso frente al acto administrativo dependería de si se le asigna naturaleza jurisdiccional o administrativa: en el derecho administrativo colombiano la declarato-

72. Ospina Garzón (2022: 303).

ria de nulidad de los actos administrativos con efectos retroactivos es una decisión exclusivamente jurisdiccional⁷³, por lo que, si se pretende que el recurso tenga este alcance, debe tratarse de funciones jurisdiccionales de la Administración. Por el contrario, si el recurso tiene naturaleza administrativa, tendría un alcance limitado a la revocatoria del acto administrativo, y, eventualmente, a adoptar los correctivos necesarios respecto del procedimiento de selección en curso, sin que se excluya la orden de reparación de perjuicios.

3. ¿Todas las controversias contractuales deberían o podrían ser decididas a través de este mecanismo? El recurso podría ocuparse de las controversias surgidas durante la ejecución del contrato: incumplimientos, desequilibrios económicos, e incluso la validez del ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración contratante (interpretación unilateral, multas, caducidad, terminación unilateral, declaratorias de incumplimientos). En este último caso, podría ser percibido como una compensación a la exorbitancia administrativa, y, en ausencia de tales poderes, en determinado contrato, se trataría de un mecanismo que no alteraría la horizontalidad del negocio, si quien resuelve el recurso ofrece garantías reales de independencia frente a la Administración contratante.

Finalmente, un aspecto importante que debería considerarse es que, si el recurso se configura con naturaleza jurisdiccional, no podría proceder respecto de la generalidad de las controversias precontractuales o contractuales, debido al carácter excepcional de las funciones jurisdiccionales de la Administración. En otras palabras, el “tribunal” no podría convertirse en el juez ordinario del asunto, sino respecto de ciertas materias suficientemente delimitadas. Por el contrario, la actividad contenciosa de la Administración es una función ordinaria —no excepcional—, lo que permitiría que la determinación de los asuntos susceptibles del recurso sea general o respecto de cualquier reclamación o controversia surgida de la actividad contractual de la Administración.

En conclusión, la implementación en el derecho colombiano de un mecanismo equivalente al de los TARC no puede ser fruto de una discusión rápida. Sin embargo, como en la mayoría de los asuntos, el éxito de las

73. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo no tiene ningún tipo de reserva constitucional o exclusividad para la anulación de los actos administrativos. Igualmente, la única materia que se encuentra constitucionalmente excluida de las funciones jurisdiccionales de la Administración consiste en la instrucción de los sumarios o el juzgamiento de los delitos (art. 116 de la Constitución). No obstante, no se excluye que, en un eventual control de constitucionalidad, la Corte Constitucional deduzca, como lo ha hecho en la jurisprudencia relativa a la posibilidad de arbitrar actos administrativos, que la nulidad consiste en una función exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Esa sería una inadecuada interpretación de la Constitución.

instituciones no dependerá exclusivamente de su configuración normativa abstracta, sino, sobre todo, de su adecuada práctica, en la que las políticas públicas tienen más influencia que el derecho mismo.

3. Bibliografía

- Barreto Cifuentes, S. (2022). La congestión y la mora en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: descripción y análisis del fenómeno y una evaluación de las medidas implementadas para combatirlo. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. L. y Ospina Garzón, A. F. (2012). La justificación de los recursos administrativos. *Revista Derecho del Estado*, 29, 73-105. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3293/2943>.
- Benvenuti, F. (1959). *Autotutela. Enc. dir. (IV)*. Milán: Giuffrè.
- Betancur Jaramillo, C. (2014). *Derecho procesal administrativo (8.ª ed.)*. Medellín: Señal Editora.
- Bocchini, F. (2004). *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Canal Silva, M. (2022). El secreto a voces de la anulación de laudos arbitrales. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbajales, M. (2021). Los contratos de asociación público privada. ¿Novedad o huida del derecho administrativo? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 27, 193-224.
- Chapus, R. (2008). *Droit du contentieux administratif (13.ª ed.)*. París: Montchrestien.
- Covilla Martínez, J. C. (2022). Conflictos contractuales públicos en manos de expertos técnicos en áreas distintas al Derecho. Dispute board, arbitraje técnico y amigable composición. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 1. El contencioso jurisdiccional por fuera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Danós, J. (2001). El proceso de elaboración y aprobación de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. En AA. VV. *Comentarios a*

- la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444.* Lima: ARA Editores.
- Expósito Vélez, J. C. (2011). El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1.437 de 2.011) requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del Derecho Administrativo colombiano: la nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y las denominadas controversias contractuales. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 6, 25-45.
- (2022). El juez de lo contencioso administrativo y el contrato estatal. Técnicas del control y poderes del juez frente al contrato. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Galán Galán, A. (2022). La función arbitral de la Administración en España. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo I. El contencioso administrativo no jurisdiccional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gallego Anabitarte, A. (2009). *Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX.* Barcelona: Marcial Pons.
- Guillén, J. (2005). Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. *Revista de Administración Pública*, 166.
- Hernández Silva, A. P. (2017). Contratación y enriquecimiento sin causa. En A. Montaña y J. I. Rincón (eds.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2022). La procedencia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de litigios extracontractuales del Estado. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 1. El contencioso jurisdiccional por fuera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ibagón Ibagón, M. L. (2013). Enriquecimiento sin causa. Acción de in rem verso. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre del 2012, expediente n.º 24897. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2022). La anulación del laudo en el sistema de interacción entre la jurisdicción y el arbitraje. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción*

- de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lozano Villegas, G. (2022). El proceso ejecutivo arbitral administrativo: objeciones y viabilidad a debate. En A. F. Ospina Garzón (ed.), *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 1. El contencioso jurisdiccional por fuera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martín Tirado, R. (2003). El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general. En AA. VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte*. Lima: ARA Editores.
- Mogollón Monterrosa, J. I. (2019). *Fundamentos del carácter obligatorio de los recursos administrativos en Colombia* [tesis de la Maestría en Derecho Administrativo]. Universidad Externado de Colombia.
- Nigro, M. (1953). *La decisione amministrativa (2.ª ed.)*. Nápoles: Casa editrice dott. Eugenio Jovene.
- (1962). La decisione amministrativa. *Enc. dir. (XI)*. Milán: Giuffrè.
- Ospina Garzón, A. F. (2009). *De la Jurisdicción administrativa, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2012). *L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien*. Saarbrücken (Alemania): Éditions Universitaires Européennes.
 - (2016). La justicia administrativa o los "medios de control" para la paz. En A. Montaña Plata y A. F. Ospina Garzón (eds.), *La constitucionalización del Derecho administrativo. El Derecho administrativo para la paz* (pp. 633-727). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2018). El poder disciplinario: ¿Instrumento adecuado en la lucha contra la corrupción? De la deriva penalista del poder disciplinario y otros demonios. En J. C. Henao y A. R. Zárate Pérez (eds.), *Corrupción en Colombia* (tomo 4). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2019). El contencioso administrativo no jurisdiccional: el despertar lento de la función contenciosa de la administración. En J. A. Pimiento (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo* (tomo III). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2020). De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 75-100.
 - (2022). La resolución administrativa de controversias contractuales. En A. F. Ospina Garzón (ed.), *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo I. El contencioso administrativo no jurisdiccional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Parada Vázquez, J. R. (1992). La actividad administrativa arbitral. En *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*. Madrid: Editorial Complutense.
- Perdomo Villamil, C. (2022). Superior jerárquico o funcional: ¿quién garantiza en mejor y mayor medida la tutela administrativa efectiva? En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo I. El contencioso administrativo no jurisdiccional* (pp. 126-166). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://bdigital.uxternado.edu.co/handle/001/12486>.
- Rojas López, J. G. (2022). Cargas y trabas en el acceso a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de Derecho administrativo* (tomo III).
- (2017). *Compendio de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santos Rodríguez, J. E. (2022). Derecho privado y contencioso administrativo contractual. La utilización del derecho privado por el juez de lo contencioso administrativo al juzgar controversias contractuales. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velasco Caballero, F. (2015). Los “Administrative Law Judges” norteamericanos: imparcialidad administrativa y control judicial. *R.V.A.P.*, 101, 129-162.
- Verkuil, P. R. (1988). The Purposes and Limits of Independent Agencies. *Duke Law Journal*, 257.

CAPÍTULO XV

Los tribunales especializados en contratación pública en América Latina: elementos para su discusión en Colombia¹

Germán Lozano Villegas

Profesor ordinario de la Universidad Externado de Colombia

SUMARIO. **Introducción.** **1. Chile.** 1.1. Aspectos generales. 1.2. Arbitraje. 1.3. Medios de control a la contratación estatal. 1.3.1. *Control judicial.* 1.3.2. *Tribunales especializados.* 1.3.3. *Autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales.* 1.4. Tribunal de Contrataciones Públicas. 1.4.1. *Independencia.* 1.4.2. *Funciones.* 1.4.3. *Alcance de sus decisiones.* 1.4.4. *Conclusiones.* **2. Panamá.** 2.1. Aspectos generales. 2.2. Medios de control al ciclo contractual. 2.2.1. *Control judicial.* 2.2.2. *Recursos en vía administrativa.* 2.3. Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. 2.3.1. *Independencia.* 2.3.2. *Funciones.* 2.3.3. *Alcance de sus decisiones.* 2.4. Conclusiones. **3. Perú.** 3.1. Aspectos generales. 3.2. Medios de control al ciclo contractual. 3.2.1. *Arbitraje.* 3.2.2. *Mecanismos de control en el proceso de selección.* 3.3. Tribunal de Contrataciones del Estado. 3.3.1. *Independencia.* 3.3.2. *Funciones.* 3.3.3. *Facultad sancionadora.* 3.3.4. *Función interpretadora.* 3.3.5. *Alcance de sus decisiones.* 3.4. Conclusiones. **4. Argentina.** 4.1. Aspectos generales. 4.2. Medios de control. 4.2.1. *Control judicial.* 4.2.2. *Control externo e interno a la gestión contractual (control no judicial).* 4.2.3. *Oficina Nacional Anticorrupción.* 4.2.4. *Entes administrativos con poderes “jurisdiccionales”.* 4.3. Conclusiones. **5. Colombia.** 5.1. Aspectos generales. 5.2. Medios de control de la contratación estatal. 5.2.1. *Control judicial.* 5.2.2. *Arbitraje.* 5.3. Control por órganos autónomos e independientes. 5.3.1. *Contraloría General de la República: control fiscal.*

1. Documento preparado en el marco del Proyecto I+D: “Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales” (PID2019-106255GB-I00), liderado por el profesor Alfredo Galán Galán en la Universidad de Barcelona. Dejo constancia expresa de agradecimiento al joven investigador Giuseppe Bettarel por su decidido apoyo para la realización de este trabajo.

5.3.2. *Procuraduría General de la Nación: control disciplinario.* 5.3.3. *De la urgencia manifiesta contractual y el control.* 5.3.4. *Veedurías ciudadanas.* 5.4. Conclusiones. 5.5. Propuesta de Tribunal Especial de Contratación para Colombia en materia precontractual. **6. Bibliografía.**

Introducción

El presente artículo tiene por objeto presentar un análisis jurídico acerca de la caracterización de los principales tribunales especiales en contratación pública en América Latina (en Europa, tribunales administrativos de recursos contractuales), correspondiente a los modelos actuales adoptados por Chile, Panamá y Perú, ofreciéndose también previamente un contexto normativo de su respectivo sistema jurídico y sus instituciones relevantes en la materia, de cara a comprender con mayor claridad la inserción del tribunal especializado en el derecho administrativo en cada una de estas latitudes. Seguidamente, se hará mención de las especificidades del modelo argentino para el control de la contratación, pues, si bien parte de una ausencia de tribunal especializado, la jurisprudencia ha abierto la posibilidad de establecer las atribuciones de estos tribunales, y, por ende, se plantean las bases de lo que a futuro podría ser una propuesta para su configuración. Igualmente, se hará mención del caso colombiano, ofreciéndose también un contexto general del control de la contratación pública, en especial, del control no judicial, de cara a analizar la pertinencia y necesidad de una instancia para resolver conflictos en la etapa precontractual o un tribunal especial en materia de contratación; a tal fin, se tomarán en consideración las experiencias descritas para sentar las bases de una discusión y propuesta en la materia.

Metodológicamente, se advierte de que no se trata de un documento de derecho comparado en sentido estricto, toda vez que lo que se quiere es ofrecer al lector una descripción general del control de la contratación desde cada experiencia, y luego un análisis del tribunal especial en materia de contratación, si existe, o de las bases para su futura construcción. Por lo anterior, el documento está dividido en secciones que corresponden a cada uno de los Estados seleccionados: en primera instancia, aquellos que han regulado los tribunales especiales (Chile, Perú y Panamá), y acto seguido, los que no cuentan con ellos (Argentina y Colombia, formulando una propuesta para este último), ofreciéndose un análisis particular para cada uno de los países, que consistirá en un contexto general de la contratación pública y su control, con el objeto de facilitar el engranaje de análisis para el tribunal especializado en contratación.

Finalmente, deseo mostrar expreso agradecimiento al profesor Alfredo Galán Galán por la invitación a participar en el proyecto de investigación que ha dado lugar a esta obra, así como al excelente equipo de investigadores, por compartir sus valiosas experiencias y, pese a la distancia, teorizar sobre problemas comunes.

1. Chile

1.1. Aspectos generales

El régimen legal de contrataciones chileno cuenta con una altísima dispersión normativa, razón por la cual los regímenes especiales de contratación pública, que obedecen cada uno a una tipología contractual específica, son el común denominador, salvo algunos principios de aplicación general propuestos por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, en donde se ha puntualizado que el concepto de contrato administrativo, pese a no estar definido en la ley, tiene la naturaleza de acto administrativo, y, por tanto, le son aplicables los principios generales del derecho administrativo.

Es así como las leyes generales de la Administración del Estado fijan los criterios mínimos para celebrar contratos públicos. De acuerdo con Camacho Cepeda (2016), estos son: 1) previa propuesta pública; 2) bajo pautas legales; 3) mediante un proceso concursal; 4) regido por los principios de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad ante las bases del contrato; 5) algunas normas claramente basadas en otros principios, como la primacía del interés general sobre el particular, la eficiencia y la eficacia.

En el marco de lo anterior, la Ley 19886 cobija a 850 instituciones de la Administración, y tiene una finalidad unificadora que recae sobre los contratos de adquisición de bienes y servicios, que son los celebrados con mayor frecuencia por el Estado chileno (ChileCompra, 2022). Esta legislación, que rige en la actualidad, tuvo su origen en las propuestas legislativas que realizó la Comisión de Ética, según la cual existía una notable dispersión normativa especialmente en el ámbito municipal, donde no había principios de aplicación común. La finalidad perseguida con la Ley 19886 era avanzar de la mejor forma posible en la uniformidad del régimen de contratación, y evitar los regímenes especiales de contratación.

Entre las principales características de esta norma se encuentra la introducción de un tribunal especializado de naturaleza judicial, que, como se explicará más adelante, obedece a unas características propias del contencioso-administrativo chileno; además, ordena la creación de una autoridad

rectora de compras públicas, que principalmente tendrá facultades orientativas respecto al proceso de contratación, pero en ningún caso tendrá facultades para controlar el ciclo contractual, ya que en el ámbito administrativo esta actividad únicamente se somete a un control interno de legalidad, que comprende la legalidad, eficiencia y eficacia de la actuación. Este control interno ante la entidad también puede ser activado por los participantes, a través de los recursos administrativos que otorga el capítulo 4 de la Ley 19880, los cuales no son obligatorios, a diferencia de lo que sucede en otros países, ya que en Chile no es necesario agotar la vía gubernativa para acudir a tribunales judiciales.

1.2. Arbitraje

El arbitraje históricamente ha estado prohibido para aquellos asuntos en los cuales sea parte una entidad de la Administración pública en Chile; el argumento central para justificar esta proscripción siempre ha sido el principio de legalidad al cual debe someterse la Administración, lo que supone que los actos administrativos sean acordes al ordenamiento jurídico, razón por la cual no podrían someterse a materia negocial aquellas potestades atribuidas por la Constitución a las autoridades públicas (Jequier Leuhedé, 2013). Bajo esta línea, salvo contadas excepciones, la ley no autoriza a las entidades la suscripción de pactos arbitrales, lo cual, en caso de suceder, traería consigo su nulidad (Jara Burotto, 2016: 24).

En este sentido, el arbitraje está circunscrito principalmente a tres materias (Camacho Cepeda, 2016): 1) contratos internacionales para el sector público, con base en el Decreto-ley n.º 2349 de 1978; 2) inversiones que se encuentren amparadas por los acuerdos de promoción y protección de inversiones, ya que el Decreto-ley n.º 2349 de 1978 habilita a las instituciones del Estado para convenir cláusulas arbitrales; 3) contratos de concesión pública.

Sobre esta última tipología de contrato, la ley ha estatuido el arbitraje forzoso, que se desarrolla después de haber intentado la conciliación por medio de la “Comisión Conciliadora”. Esta comisión tiene algunas facultades de resolución de controversias; por ejemplo, “conociendo y resolviendo acerca de la suspensión de la concesión, determinando si ha existido incumplimiento grave del concesionario que configure una causal de extinción del contrato, acerca de la aplicación de multas”, o, en general, acerca de los reclamos por parte de las empresas concesionarias. En caso de no llegar a un acuerdo entre las partes, la Comisión Conciliadora se transformará en una Comisión Arbitral, que tendrá funciones jurisdiccionales y deberá resolver

como un “árbitro arbitrador”, lo cual significa que no debe fallar en derecho, sino de acuerdo “a las normas de su prudencia, conciencia o criterio”, aun cuando se aparte de la ley o de lo establecido en el contrato; esto es porque el árbitro no obrará en interés de quien juzga, sino que solo obra en interés de la justicia (Figueroa Valdés, 2008).

1.3. Medios de control a la contratación estatal

1.3.1. Control judicial

La concepción francesa de control a la Administración partía de una separación de poderes radical, amparada en la necesidad de una jurisdicción especial, y sustentada en el poder democrático que amparaba a la Administración pública; así, debía ser un órgano especializado el que realizara el control de la Administración, pero ese órgano debía encontrarse en el seno del poder ejecutivo, ya que el poder democrático otorgado a este le daba mayor legitimidad para decidir sobre temas de política pública, en comparación con la legitimidad democrática con la que contaba un juez común (Costa Cordella, 2014). Bajo esta concepción, desde la Constitución del año 1833 rigió en Chile un órgano denominado “Consejo de Estado”, el cual tenía funciones jurisdiccionales, y, entre los varios asuntos bajo su competencia, había algunos asuntos contractuales del Estado (Harris, 2022: 2-4).

Esta concepción, basada en el modelo francés, fue imperante en Chile hasta la aprobación de la Constitución de 1925, en la cual se seguía reconociendo la necesidad de una jurisdicción especializada en temas de derecho público, pero esta vez ubicada en el seno del poder judicial (Costa Cordella, 2014). Justamente, el art. 87² del texto constitucional reconoció la competencia de los tribunales administrativos, que debían ser creados por ley y tenían competencia sobre aquellos actos emitidos por la Administración, salvo que por mandato legal se dispusiera su conocimiento por otro tribunal.

Sin embargo, el mandato contenido en la Constitución del año 1925 no se materializó, y la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Chile nunca se produjo. Lo anterior, sumado a la ausencia de una norma que

2. Art. 87 de la Constitución de la República de Chile de 1925: “Habrán tribunales administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

delegara en la jurisdicción común aquellos asuntos que no tuvieran juez competente, más una interpretación doctrinaria restrictiva y excluyente (Ferrada Bórquez, 2019: 5), hizo que en la práctica los tribunales de la jurisdicción ordinaria se declararan incompetentes para conocer todo tipo de acción que tuviera por objeto los actos realizados por la Administración pública; esto trajo como consecuencia que las actuaciones de la Administración no tuvieran ningún tipo de control desde la década de los 20 hasta la de los 60.

El anterior panorama cambió parcialmente a inicios de los 70, cuando la Corte Suprema resolvió el caso “Juez de Melipilla con Presidente de la República”. Con base en el principio de inexcusabilidad, los jueces de la jurisdicción común no podían rechazar el conocimiento de demandas que tuvieran como objeto actos realizados por la Administración. Asimismo, los tribunales de la justicia común volverían a ser competentes para controlar todos los actos administrativos, ya que, al no haberse creado tribunales administrativos, esta competencia habría vuelto a la jurisdicción ordinaria. De esta manera, se desarrolló un sistema de control a la Administración en donde, a partir del ejercicio del derecho de petición, la Contraloría General realizaba una verificación de legalidad de los actos administrativos, y los jueces comunes, con base en las leyes civiles y de procedimiento civil, reconocieron derechos a los administrados.

Este escenario se mantuvo sin mayores cambios hasta que se promulgó la Constitución del año 1980. El art. 38, inciso 2, de este texto jurídico determinó que la persona que viera afectados sus derechos podría reclamar ante los “tribunales contencioso-administrativos que determinara la ley”. Esta disposición volvió a abrir el debate jurisprudencial respecto de si los tribunales de la justicia común eran competentes para conocer asuntos contencioso-administrativos, ya que por mandato constitucional se insistía en establecer un tribunal competente para estos asuntos. El problema radicó en que nuevamente los tribunales contencioso-administrativos no se crearon, y por lo tanto, en la práctica, no había juez competente. Esta situación se agravó con la postura adoptada por la Corte Suprema, muy similar a la acogida con la Constitución de 1925, según la cual únicamente aquellos tribunales de naturaleza contencioso-administrativa podrán conocer sobre las resoluciones emitidas por el poder ejecutivo.

No fue sino hasta el año 1989 cuando esta discusión se zanjó de manera definitiva con la reforma constitucional introducida por la Ley n.º 18825, que modificó el inciso segundo del art. 38 de la Constitución, eliminando toda mención de los tribunales contencioso-administrativos y delegando la competencia a “aquellos tribunales que determine la ley”. Así, la renuncia a tener una jurisdicción contencioso-administrativa especializada establece un nuevo criterio en el que la competencia general para conocer de los asuntos

de derecho administrativo recae en los tribunales ordinarios, y la excepción a esta regla se halla en los tribunales especializados, creados por ley, para conocer temas puntuales de lo contencioso-administrativo.

Por ende, en Chile no existen ni un tribunal ni una jurisdicción contencioso-administrativa especializada que conozcan de manera general las resoluciones emitidas por el poder público, sino que, de una forma muy similar al control realizado en el Reino Unido, son los tribunales ordinarios los que de manera general ejercen el control de la Administración, salvo en las materias que competen a los tribunales especiales: esto ha llevado a un fraccionamiento de la justicia administrativa, que se ha materializado con la creación de tribunales que conocen de materias muy concretas, conduciendo a una nueva característica del derecho administrativo chileno: la hiperespecialización (Vergara, 2014).

De esta manera, el primer criterio para delimitar la competencia en materia administrativa es la especialidad, caso en el que la ley delega de manera expresa el conocimiento de materias puntuales en tribunales específicos. Cuando no haya disposición expresa respecto al tribunal competente, se aplica la cláusula residual de competencia, correspondiendo a los tribunales ordinarios conocer el litigio. En este último supuesto, la materia y el número de instancias determinarán al juez natural, que, por regla general, corresponde a los juzgados de letras civiles.

Con base en el panorama explicado anteriormente, es importante hacer algunas precisiones sobre el tema. Doctrinariamente se han conceptualizado tres tipos de tribunales que son competentes para conocer sobre temas de derecho administrativo de acuerdo con su especialidad y ubicación en el seno de la estructura del Estado. En este sentido, se pueden encontrar los siguientes tipos de tribunales: 1) tribunales especializados; 2) autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales; 3) tribunales ordinarios.

1.3.2. Tribunales especializados

Los tribunales especializados pueden encontrarse en el seno del poder ejecutivo³ o del judicial⁴. Asimismo, hay tribunales especializados cuya ley de

3. El art. 5 del Código Orgánico de Tribunales menciona expresamente los tribunales especializados que se encuentran en el seno del poder judicial, dejando fuera de esta definición algunos tribunales, como, por ejemplo, el Tribunal de Contratación Pública, lo cual ha generado dudas respecto a su adscripción a las ramas del poder público.

4. En estos casos, el tribunal ya ha sido creado y es la ley la que le otorga competencias; a modo de ejemplo, los juzgados de letras del trabajo forman parte del poder judicial, y, por expresa disposición legal, tienen competencia en materia administrativa para conocer de las

creación no menciona su ubicación en la estructura del Estado, lo cual hace suponer que se encuentran en el seno del poder ejecutivo del mismo⁵. Esto último no es sinónimo de subordinación, ya que gozan de la independencia que les otorgan los mecanismos establecidos para su creación⁶, y para la elección de sus miembros, teniendo, por regla general, la Corte Suprema de Justicia la obligación de crear ternas, cuyos integrantes designa posteriormente el presidente de la República⁷; asimismo, al estar bajo la superintendencia de la Corte Suprema, corresponde a este órgano ejercer la potestad disciplinaria sobre los miembros de estos tribunales.

Por lo demás, estos tribunales serán competentes únicamente en las materias específicas que la ley determine. Por otro lado, respecto a la pregunta de si ejercen o no jurisdicción, parece ser claro para la doctrina que son organismos dotados de facultades jurisdiccionales⁸; lo anterior, debido a los siguientes factores: 1) son organismos de origen legal, ya que, por ejemplo, el Tribunal de Contrataciones del Estado fue creado por la Ley 19886; 2) son tribunales permanentes y su jurisdicción es obligatoria en aquellos casos que determine la ley; 3) en su mayoría se rigen por procedimientos especiales, y en todos los casos deben respetar el debido proceso; 4) las normas jurídicas que aplican están determinadas por las leyes de creación.

impugnaciones de las asociaciones de funcionarios y las empresas u organismos técnicos, por los actos administrativos dictados por la inspección de trabajo o el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (Ferrada Borquez, 2019).

5. Doctrinariamente no ha sido pacífica la ubicación de estos tribunales en alguna de las tres ramas del poder público. Lo cierto es que ningún órgano de la estructura estatal puede ser independiente frente a los tres poderes del Estado, salvo el Tribunal Constitucional y el Tribunal Electoral, que no se inscriben en ninguno de los poderes mencionados. Por consiguiente, necesariamente los tribunales especiales, que no forman parte del poder judicial, tienen que circunscribirse al interior de la rama ejecutiva del Estado, efectuando la precisión de que, a pesar de su adscripción, son organismos completamente independientes y autónomos, de manera similar a como sucede con la Contraloría General (Camacho Céspedes, 2019: 226-228).

6. La iniciativa legislativa para crear tribunales especializados recae de manera exclusiva en el Presidente de la República, quien tiene la facultad de proponer el proyecto de ley, que deberá ser aprobado por el Congreso de la República. En este sentido, el inciso 3 del art. 65 de la Constitución de la República de Chile expresa lo siguiente: "Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, [...]".

7. Si bien para algunos autores la participación de más de un poder del Estado en la elección de los miembros de un tribunal supone un criterio para deducir la independencia de estos (Benavides, 2019: 512-513). Otro sector de la doctrina manifiesta que la simple intervención del poder ejecutivo limita de manera radical la autonomía con la que cuentan los miembros de un tribunal, ya que las decisiones de designación obedecerán primigeniamente a aspectos políticos (Camacho Céspedes, 2019: 242).

8. Lo anterior, si se compara con los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Camacho Céspedes, 2019: 239-244).

Por último, especial énfasis merece el grado de independencia de estos tribunales. Un criterio importante para determinar el mismo es el tiempo de permanencia de sus miembros, ya que la estabilidad en el empleo permite un ejercicio imparcial de la función de administrar justicia; en Chile se acoge el principio “*during good behaviour*” o “*quamdiu se bene gesserit*”, según el cual los jueces permanecen en su cargo siempre que ejerzan la profesión de manera idónea. Si bien este principio solo está consagrado para los jueces superiores⁹, la ley no regula el tiempo determinado para los jueces inferiores, razón por la cual estos últimos también permanecen vitaliciamente en el cargo¹⁰. En el caso de los tribunales especiales, este principio se ve mermado porque los únicos jueces vitalicios serán los del Tribunal especial Tributario y Aduanero; el tiempo de permanencia de los demás miembros de tribunales especiales será determinado por su ley de creación.

Otro criterio importante para determinar la independencia de estos organismos es su autonomía técnica y financiera. Sobre este punto, la regla general es que los tribunales dependen técnica y financieramente de la Administración pública para el ejercicio de sus funciones. En este sentido, a modo de ejemplo, la Subsecretaría de Hacienda gestiona administrativamente el pago de remuneraciones y provisión de inmuebles, y, en general, la ejecución de la administración financiera, respecto de los tribunales tributarios y aduaneros. O corresponde a la Dirección de Compras y Contratación Pública proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales para el correcto funcionamiento del Tribunal de Contrataciones (Camacho Cepeda, 2019: 227-228). En ambos casos, la dependencia técnica y económica podría suponer afectaciones de su independencia.

1.3.3. Autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales

Por otra parte, existen organismos que, en el seno de la Administración, tendrán a su cargo el conocimiento de temas contencioso-administrativos específicos. Si bien la ley se refiere a estos organismos como “tribunales”, esta denominación ha sido modificada por la doctrina, calificándolos como “autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales”. Esta modificación se debe al escaso grado de independencia que tienen estos organismos

9. Art. 80 de la Constitución Política de la República: “Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes”.

10. A este respecto, es importante mencionar que esto será así siempre que ejerzan la profesión con probidad o hasta que cumplan 75 años (Bordali Salamanca, 2009: 228).

frente a la entidad del Estado en la que se encuentran, ya que, en muchos casos, es la propia autoridad que ha dictado la decisión la encargada de conocer la reclamación que se interpone contra ella. Aun así, pese a que estos organismos se asemejan más a una autoridad administrativa que ejerce funciones de autotutela en el seno de la Administración, la ley ha asignado a sus decisiones la naturaleza jurídica de sentencias de primera instancia (Ferrada Bórquez, 2019: 11-12).

Lo anterior llevaría a pensar que estos organismos vayan en contra del mandato constitucional que prohíbe el ejercicio de funciones jurisdiccionales a autoridades públicas, ya que la Administración haría las veces de juez y parte ante el administrado. No obstante, para el Tribunal Constitucional, las garantías de independencia del “tribunal” nada inciden en la función jurisdiccional, y basta con que la ley haya reconocido esta función en un tribunal, se reconozca el debido proceso y se aplique la ley para que cualquier órgano pueda realizar esta función (Bordali Salamanca, 2009: 231-234); además, la facultad que tiene el administrado para recurrir la decisión ante la judicatura legitimaría esta función a cargo de entidades del Estado¹¹.

En este sentido, la razón por la cual órganos administrativos ejercen funciones jurisdiccionales obedece a que la Constitución Política de la República de Chile no ha delegado de modo privativo el ejercicio de potestades jurisdiccionales en el poder judicial del Estado, sino que, por el contrario, ha delegado esta función en los “tribunales que determine la ley”. La consecuencia de lo anterior es que las facultades jurisdiccionales no recaen en el poder judicial, sino en los tribunales, y ello ha permitido que en algunos casos el legislador otorgue facultades jurisdiccionales a órganos que con base en sus funciones reciben la denominación de tribunales, pero que se encuentran en el seno de la Administración (Camacho Cepeda, 2014: 168).

De esta forma, la principal diferencia entre las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales y los tribunales especiales es que estos últimos cuentan con un grado de autonomía mucho mayor ante la Administración pública, de tal forma que algunos manifiestan que, a pesar de encontrarse en el seno de la misma, son entes que cuentan con un grado de autonomía casi absoluto (Ferrada Bórquez, 2019: 10-11).

11. Hay quien no comparte esta opinión, porque la decisión de la autoridad administrativa tendrá los mismos efectos que una sentencia de primera instancia, y, por lo tanto, se estaría privando al administrado de acceder a esta primera opción (Bordali Salamanca, 2009: 232-233).

1.4. Tribunal de Contrataciones Públicas

Como se ha explicado, una de las características del derecho contencioso-administrativo chileno es la hiperespecialización, resultado de la facultad que tienen el legislador y el ejecutivo para establecer tribunales especiales en razón a la materia. En este sentido, la Ley 19886, que establece las reglas generales de los contratos administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en su capítulo 5, ordena la creación un órgano jurisdiccional, denominado Tribunal de Contrataciones Públicas (de ahora en adelante TCP), y en artículos posteriores reglamenta aspectos esenciales de su composición, los cuales serán complementados por medio de un auto acordado¹² emitido por la Corte Suprema de Justicia, lo que permite entrever que esta magistratura especial, pese a ser un órgano independiente, se encuentra sujeta a la superintendencia de la Corte Suprema¹³.

1.4.1. Independencia

Cuando se presentó en el proyecto de ley de la Ley 19886, una de las observaciones de la Corte Suprema sobre la implementación del nuevo Tribunal hacía énfasis en la necesidad de garantizar su independencia económica, y no sujetarlo a la dependencia de la Dirección de Compras y Contratación Pública (Camacho Cepeda, 2014: 167). La anterior recomendación no fue acogida debido a que la infraestructura, el apoyo técnico, los recursos humanos y materiales necesarios para su funcionamiento, los provee la Dirección de Compras y de Contratación Pública, de manera que esto podría suponer una afectación de la independencia de este tribunal, en cuanto es bastante común que la entidad mencionada promueva impugnaciones ante el TCP (Vergara Blanco, 2016: 356-357). Por lo tanto, esta dependencia económica, respecto de una entidad pública, podría llegar a afectar su función.

Por otro lado, el TCP está conformado por tres integrantes principales, que son designados por el Presidente de la República, previas propuestas en terna presentadas por la Corte Suprema. Las calidades exigidas por la

12. Un auto acordado es una norma reglamentaria dictada por el tribunal superior, cuya principal finalidad consiste en garantizar el eficaz funcionamiento del servicio judicial. En este sentido, el "Auto Acordado sobre funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública - texto refundido" regula la materia.

13. Esto significa que el Tribunal de Contrataciones Públicas está sujeto a vigilancia administrativa, económica y disciplinaria por parte de la Corte Suprema, tal como lo establece el art. 22 de la Ley 19886.

ley para los candidatos a jueces integrantes hacen especial énfasis en la experiencia que deben reunir los miembros del tribunal, puesto que es requerido haberse destacado en la actividad profesional o universitaria, tener experiencia en la materia, y no tener menos de diez años de ejercicio profesional o haber pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando se hubiera figurado durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente. Con estas calidades exigidas para sus miembros se busca, por un lado, lograr satisfacer su independencia en el momento de tomar decisiones, y, por otro, lograr un mayor grado de rapidez y de certeza en el momento de tomar decisiones que requieran de un amplio margen de especialidad.

En cuanto a la permanencia de los miembros del TCP, la estabilidad en el cargo es limitada, porque no gozan de inamovilidad, sino que son nombrados por un periodo de 5 años que pueden ser renovables. La continuidad en el cargo de forma permanente puede ser entendida como una de las principales garantías para el ejercicio de la función jurisdiccional. Si quien juzga tiene la certeza de que su medio de sustento económico no está condicionado a fallar a favor de un órgano estatal o un particular, se sentirá en libertad de aplicar la ley de acuerdo a su criterio (Bordali Salamanca, 2009: 228). Por lo tanto, la permanencia limitada en el cargo puede afectar la independencia del juez.

A su vez, la potestad disciplinaria sobre los miembros del tribunal se encuentra a cargo de la Corte Suprema, a la que corresponde aplicar el Código Orgánico de Tribunales, lo cual significa que las normas aplicables a los jueces comunes, relativas a nombramientos, requisitos, implicancias, recusaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, suspensión y expiración de funciones, son aplicables a los jueces de este tribunal, en razón del apdo. 3 del art. 2 del Auto Acordado 165.

Igualmente, pese a tratarse de jueces de un tribunal que está fuera del poder judicial, es aplicable la responsabilidad civil y penal que se aplica a los jueces comunes, más especialmente el delito de prevaricación y cohecho, que regula el art. 223 del Código Penal.

1.4.2. Funciones

Las competencias de este tribunal son bastante limitadas, lo cual obedece al carácter especializado del mismo; así, los criterios para determinar sus competencias son los siguientes:

1. En razón del objeto: conoce de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, producidos a lo largo de la fase precontractual.
2. En razón del sujeto pasivo de la acción: actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos que se rigen por la Ley 19886, es decir, únicamente los procesos de contratación impulsados por las entidades expresamente señaladas en el inciso segundo del artículo primero de la mencionada ley, cuando contraten adquisición de bienes y servicios.
3. En razón de la etapa del proceso: la competencia de este tribunal inicia después de haberse aprobado las bases y hasta antes de la adjudicación del contrato, de modo que es competente únicamente para la fase precontractual.
4. En razón de la materia: únicamente será competente respecto de los contratos de suministro y de prestación de servicios, que son aquellos regulados por la Ley 19886.
5. En razón de las materias excluidas: este órgano no conocerá de reclamos relacionados con la etapa de perfeccionamiento del contrato, o con su terminación o ejecución; conflictos de convenios marco; acciones con carácter resarcitorio e interposición de penalidades y multas (Escanilla Abarza, 2013: 107-117).

Por otro lado, el proceso ante el TCP se encuentra establecido en su ley de creación, y se aplicarán de manera supletoria las normas del Procedimiento del Libro 1 del Código de Procedimiento Civil, y las disposiciones del Juicio Ordinario Civil de Mayor Cuantía. Así, el procedimiento ante el Tribunal resulta bastante sencillo, y se divide en las subsiguientes cuatro etapas:

1. Acción de impugnación: la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales se encuentra regulada en el art. 24 de la Ley 19886. Al respecto, se extrae que estará legitimado por activa todo aquel que tenga un interés actual en el proceso licitatorio objeto del acto u omisión ilícitos. El plazo para interponer la acción será de diez días hábiles¹⁴, contados a partir del momento en el cual el afectado tuvo conocimiento de dicha circunstancia. Conjuntamente, la demanda deberá contener una mención de los hechos que

14. La cuenta pública del tribunal señala que la inadmisibilidad alcanza el 18 % de las demandas presentadas. Entre las causas más comunes de rechazo están la extemporaneidad del recurso o la incompetencia del tribunal para conocer de las materias.

- sirven de fundamento para la acción, además de las normas que se consideran violadas y las peticiones del caso.
2. Informe del organismo público respectivo: acogida a tramitación la impugnación, el tribunal oficiará al organismo público respectivo, acompañando el texto íntegro de la demanda interpuesta, para que, en el plazo de diez días hábiles, contados desde la recepción del oficio, informe sobre la materia objeto de impugnación y las demás sobre las que le consulte el tribunal. Es importante mencionar que a partir de este momento el tribunal tiene facultad para decretar de oficio, o a solicitud de parte, medidas cautelares.
 3. Etapa probatoria: la etapa probatoria únicamente tendrá lugar cuando se estime que hay controversias sobre supuestos fácticos, caso en el cual, transcurrido el plazo de diez días para que el organismo público rinda el informe, se recibirá la causa a prueba y se fijarán en la misma resolución los hechos sustanciales controvertidos. El plazo probatorio será de diez días, y esta es la última oportunidad de las partes para solicitar o aportar pruebas al expediente.
 4. Una vez vencido el plazo probatorio, el tribunal citará a las partes a oír sentencia, mediante la cual deberá pronunciarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad del acto, y ordenará las medidas que sean necesarias para restablecer el derecho, haciendo la aclaración de que este tribunal únicamente será competente para declarar la ilegalidad de los actos, pero la indemnización de perjuicios estará cargo de los tribunales civiles.

Como se dijo anteriormente, el TCP tiene facultades para decretar medidas cautelares, lo cual obedece a la necesidad de mantener el *statu quo* al momento de emitir el fallo definitivo. A modo de ejemplo, este tribunal podrá decretar la suspensión del proceso licitatorio, sin que procedan recursos contra la decisión; si bien el ejercicio de esta facultad ha sido bastante limitado¹⁵, en algunos supuestos es de vital importancia para lograr la ejecutabilidad de la sentencia; esto es especialmente relevante cuando el contrato está *ad portas* de ser adjudicado, ya que, en caso de que esto llegara a suceder, el tribunal perdería su competencia, porque se habría superado la etapa de adjudicación y, por lo tanto, se perdería el efecto buscado con el

15. Al momento de efectuar su cuenta pública, el presidente del Tribunal de Contrataciones Públicas manifestó que “esta potestad de paralizar un proceso licitatorio, debido a las delicadas consecuencias que conlleva, para la satisfacción del interés público comprometido en la licitación, ha sido utilizada de forma restrictiva por el tribunal y en los dos últimos años de las 552 causas ingresadas, la suspensión se ha decretado solo en 26 procesos” (Camacho Cepeda, 2016).

recurso, que no es otro que evitar actos ilegales que se hayan cometido en la etapa precontractual.

En relación con la indemnización de perjuicios, el tribunal tiene una función meramente declarativa, ya que la facultad para otorgar esta indemnización está en poder de los tribunales ordinarios. Además, no podrá el TCP extralimitarse en sus decisiones, arrebatando competencias a las entidades adjudicadoras; más exactamente, el tribunal no tiene competencia para adjudicar contratos, y sus potestades únicamente le atribuyen la declaración de nulidad. Por consiguiente, “no puede el tribunal arrogarse la facultad de adjudicar determinado contrato, porque es una atribución del organismo licitante de conformidad a lo dispuesto en el art. 10 de la citada ley”¹⁶.

1.4.3. Alcance de sus decisiones

Por regla general, las decisiones del TCP se materializan en la declaración de ilegalidad de los actos demandados, caso en el cual, si aún no se ha adjudicado el contrato, deberá retrotraerse todo lo actuado hasta el momento de haberse declarado la nulidad. En aquellos casos en los que ya se haya celebrado el contrato, el tribunal deberá declarar ilegal el acto, sin que ello suponga la posibilidad de iniciar un incidente de reparación ante el mismo órgano; en este sentido, las sentencias del tribunal son meramente declarativas, y constituyen un título válido para acudir ante la justicia ordinaria para pedir la reparación de los perjuicios causados.

En línea con lo anterior, existen casos en los que el cumplimiento de las decisiones del tribunal se ve diezmado ante la realidad jurídica presente en el momento de emitir un fallo. Tal es el caso de contratos que ya han sido adjudicados cuando se emite la sentencia definitiva, razón por la cual el tribunal ya ha perdido su competencia, porque esta llega únicamente hasta antes de la adjudicación del contrato. Además, por motivos de conveniencia social, no resulta oportuno anular la decisión de adjudicación, porque podría comprometerse el interés público y se afectarían derechos de terceros, especialmente del adjudicatario, que no ha formado parte del proceso, y respecto del cual no se puede presumir su mala fe (Camacho Cepeda, 2014: 174-175). En estos supuestos, el tribunal se limitará a declarar la ilegalidad del acto, para que el agraviado acuda a la justicia ordinaria solicitando la indemnización de perjuicios.

16. Rol n.º 7-2005, de 10/01/2006.

Es importante añadir que, una vez notificada la sentencia definitiva, la parte agraviada tendrá un plazo de cinco días para recurrir, por medio de recurso de reclamación, ante la Corte de Apelaciones de Santiago; en este supuesto, no se suspenderán los efectos de la sentencia dictada en primera instancia, salvo que la Corte de Apelaciones la revoque. De todos modos, contra la resolución que emita la Corte de Santiago, no procede recurso alguno.

En relación con el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, esta misma institución ha manifestado que el recurso de reclamación no es equiparable a una segunda instancia, sino que, a consecuencia de este recurso, únicamente se faculta a la Corte para efectuar un análisis de la legalidad de la decisión adoptada por el TCE. Es decir, una verificación del respeto al debido proceso y al marco legal. En razón de esto, la Corte de Santiago no tiene potestades para cuestionar el mérito de lo decidido, ni para sustituir la valoración de las pruebas que realizó el TCE en la sentencia de primera instancia, razón por la cual, aunque en algunos casos concretos la Corte no comparta la valoración de la prueba realizada por el tribunal, deberá, aun así, respetar su decisión¹⁷.

1.4.4. Conclusiones

1. El régimen de contrataciones del Estado en Chile se encuentra disperso, habiendo varios regímenes especiales, que regulan diferentes tipos de contratos. Esto tiene implicaciones prácticas en el momento de determinar el juez competente para conocer de las controversias que surjan del contrato, lo cual se debe a la fragmentación que existe en materia contencioso-administrativa en Chile, y a la asignación del juez dependiendo de la tipología contractual de que se trate.
2. En materia de contratación pública, como regla general, el arbitraje ha estado proscrito, salvo algunas excepciones establecidas por ley, principalmente referidas a temas de contratos internacionales celebrados por el sector público, inversiones cobijadas por acuerdos de promoción y protección de inversión y contratos de obra.
3. La vía gubernativa, a diferencia de lo que sucede en otros países, no es obligatoria en Chile, lo cual permitiría a los administrados acudir directamente ante los tribunales que ejercen jurisdicción en temas contencioso-administrativos.

17. Ello quedó así establecido en la siguiente decisión: Corte de Santiago, rol n.º 375-2022.

4. En razón de la evolución histórica, la jurisdicción contencioso-administrativa no está unificada en Chile, lo cual ha traído como consecuencia que diversos tribunales, de variopintas características, conozcan de temas de derecho administrativo.

En este sentido, la proliferación de tribunales especializados ha sido una característica propia del contencioso-administrativo chileno, que se ha materializado con la creación de multitud de tribunales que conocen de temas muy concretos y de gran relevancia, principalmente económica, relacionados con la actividad del Estado.

5. Uno de estos tribunales especializados es el Tribunal de Contrataciones Públicas, que tiene unas competencias bastante limitadas, en cuanto conoce de actos ilegales realizados en la etapa precontractual del proceso de selección de contratista en que hayan incurrido exclusivamente las entidades que rige la Ley 19886.

6. En relación con si ejerce funciones jurisdiccionales o no, empezaremos diciendo que la doctrina chilena ha determinado que esta no es una potestad exclusiva del poder judicial, y que cualquier organismo que en la práctica realice funciones que puedan ser enmarcadas en tal carácter, podrá ser denominado como un tribunal jurisdiccional. En tal sentido, se analizarán algunas de sus características, que permiten concluir que estamos ante un órgano de naturaleza jurisdiccional: Su creación es legal, ya que corresponde de manera exclusiva la propuesta de proyecto de ley al Presidente de la República, sujeta a posterior aprobación por el Congreso.

Si bien los miembros de este tribunal no cuentan con las mismas garantías de estabilidad en el cargo en comparación con un juez común, las calidades técnicas y profesionales con las que deben contar sus miembros son importantes para garantizar su independencia. Asimismo, el proceso de selección en el cual intervienen varios poderes del Estado, sumado a la facultad disciplinaria que recae en la máxima autoridad del poder judicial, y la dependencia financiera y técnica que tiene de entidades públicas, permitirán entrever que la dependencia de distintos órganos del Estado, por contradictorio que parezca, garantiza su autonomía, ya que no se sujetará a uno solo de estos poderes la autonomía del tribunal.

Las decisiones del tribunal tienen el carácter de sentencia de primera instancia, ya que los recursos que proceden contra la decisión del Tribunal de Contratación Pública únicamente están sujetos a un análisis de legalidad por parte de la Corte de Santiago, y no es posible controvertir o modificar la valoración de las pruebas que ha hecho en primera instancia el Tribunal de Contrataciones.

En el ejercicio de sus funciones, el tribunal deberá respetar el procedimiento contradictorio, que ha sido establecido por sus leyes de creación, lo cual se traduce en el control de legalidad de su actuación que puede llegar a realizar la Corte de Apelaciones de Santiago a causa del recurso de reclamación.

2. Panamá

2.1. Aspectos generales

El régimen general de contrataciones del Estado panameño se encuentra unificado en la Ley 22 de 2006¹⁸, ordenada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017 y modificada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que establece las normas y los principios básicos de obligada observancia por parte de todas las entidades del sector público en el momento de iniciar los procedimientos de selección de contratista. Sin perjuicio de lo anterior, hay algunos regímenes especiales¹⁹ que obedecen a características propias del objeto a contratar, razón por la cual son de aplicación restringida a un grupo pequeño de entidades. A su vez, habrá un régimen de excepción a la aplicación de la Ley 22 de 2006 cuando el Estado esté en presencia de un contrato que se rija por el derecho privado²⁰.

Asimismo, La Constitución Política de Panamá elevó a rango constitucional la obligación de implementar procesos de selección objetiva al elegir al contratista, y a estos efectos establece como regla general el procedimiento licitatorio, aunque por disposición legal se hayan incluido otras siete modalidades de selección, siendo la licitación apenas una de ellas. En este sentido se colige que el procedimiento de selección hasta la formación del contrato está eminentemente reglado, en cuanto son de aplicación primaria las normas contenidas en la Ley 22 de 2006, y supletoriamente las nor-

18. Del régimen general de contrataciones del Estado panameño se desprende la concepción del contrato administrativo. Este concepto abarca dentro de sí los contratos públicos; las compras gubernamentales; la contratación gubernamental; el contrato ley; el régimen de las concesiones, entre otras (Benavides Pinilla, 2013: 204).

19. Constituyen regímenes especiales los contratos celebrados por la Autoridad Nacional del Canal de Panamá; contratos llevados a cabo por el Ministerio de Salud, para la compra de medicamentos; el Ministerio de Educación, para el suplemento de materiales de construcción y ejecución de obras, y el Aeropuerto de Tocumen (Padilla Lozano, 2016).

20. Como consecuencia inmediata de la aplicación del régimen común, serán los tribunales civiles los competentes respecto a las controversias que surjan en estos contratos (Padilla Lozano, 2016).

mas del procedimiento administrativo general, y las del procedimiento civil y comercial.

De lo anterior se desprende que el principio de legalidad debe ser observado por todos los actos emitidos a lo largo del procedimiento precontractual. Debido a esto, la ley otorga diversos mecanismos legales para garantizar el cumplimiento de este principio a lo largo del ciclo contractual.

Para estos efectos, el control de legalidad en la etapa previa se realiza por el Consejo Económico o el Consejo de Gabinete²¹, dependiendo del monto del contrato. Asimismo, antes del perfeccionamiento del contrato, corresponde a la Contraloría General de la República, en su rol de fiscalizador de la Hacienda pública, aprobar mediante acto administrativo el acto de celebración del contrato. De esta forma, el refrendo por parte del Contralor supone una verificación de la legalidad de todo lo actuado en la etapa previa a la celebración del contrato, y constituye un requisito de eficacia para la ejecución del mismo.

2.2. Medios de control al ciclo contractual

2.2.1. Control judicial

La evolución de la justicia contencioso-administrativa de Panamá (Nueva Granada) tuvo sus primeros vestigios en el Decreto de 24 de septiembre de 1810, que implantaba la separación de poderes del sistema español y arrebataba las funciones judiciales que tenían las cortes y audiencias, que eran órganos de notable carácter gubernativo (Hoyos, 2003). Posteriormente, el 30 de octubre de 1817, Simón Bolívar expidió un decreto por medio del cual ordenaba la creación del Consejo de Estado, que para ese entonces no tenía funciones jurisdiccionales, sino meramente consultivas.

Lo anterior cambió con la expedición de la Constitución de 1886, que a través de los arts. 136 a 141 erigió al Consejo de Estado como órgano superior de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, no fue hasta el año 1914 cuando la jurisdicción especializada empezó a funcionar en

21. A ambos organismos corresponderá la aprobación de contrataciones mediante procedimiento excepcional en el cual se evalúa la existencia de todos los requisitos establecidos por ley. Corresponderá el análisis al Consejo Económico cuando el valor del contrato no supere las 3 millones de balboas, y al Consejo de Gabinete cuando el contrato sea superior a esta cifra. Art. 83 de la Ley 22 de 2006, organizada por la Ley 153 de 2020.

Colombia, gracias a la Ley 130 de 1913; sin embargo, el camino seguido por Panamá fue diferente, ya que el 3 de noviembre de 1903 se consumó su separación de Colombia, y así, durante los primeros años del siglo 20, Panamá, como república independiente, otorgó a los tribunales ordinarios conocer las demandas de ilegalidad contra actos de la Administración, hasta el año 1924, cuando la Corte Suprema de Panamá proscribió esta función con base en el principio de separación de poderes; de este modo, los tribunales ordinarios solo pudieron reconocer daños y ordenar la indemnización de perjuicios, pero les estuvo vedado pronunciarse sobre la validez de los actos de la Administración (Hoyos, 2003).

Posteriormente, la Constitución de 1941 ordenó la creación de una jurisdicción especial, que se materializó con la puesta en marcha del Tribunal Contencioso-Administrativo; este tribunal fue completamente autónomo hasta la reforma constitucional introducida por el acto legislativo n.º 2 de 1956, que incorporó la jurisdicción contencioso-administrativa a la Corte Suprema de Justicia, lo cual significó la eliminación del tribunal administrativo y trajo consigo la creación de la Sala Tercera en el seno de la Corte Suprema, que es competente²², hasta la actualidad, para conocer en única instancia los actos de la Administración, entre ellos, los contratos celebrados por la nación²³. En este sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es el único órgano encargado de conocer, en única instancia, los conflictos contencioso-administrativos que se presenten en Panamá.

Sobre este aspecto, una de las características de la justicia administrativa panameña es que tiene como objeto la competencia sobre actos emitidos por la Administración y no otras actuaciones del Estado que pueden vulnerar derechos (Gasnell Acuña, 2015: 410-428); en razón de esto, para acudir al contencioso-administrativo panameño se requiere necesariamente un acto administrativo, el cual puede ser atacado en vía judicial mediante la acción de plena jurisdicción o la acción de nulidad.

Así, la acción de nulidad procede principalmente contra actos de carácter general y tiene un carácter meramente objetivo, porque se ataca la ilegalidad del acto frente al ordenamiento jurídico, de modo que, al contraponerse las disposiciones legales con el acto atacado, podría observarse la ilegalidad de este último. En este sentido, el titular para interponer la acción

22. El art. 97 del Código Judicial de Panamá determina los asuntos en los cuales es competente esta sala.

23. Salvo aquellos que estén relacionados con la Autoridad del Canal de Panamá, que obligatoriamente deben resolverse por vía arbitral (art. 97 del Código Judicial de Panamá).

es indeterminado, ya que cualquier persona estaría legitimada porque el acto va en contra del interés público, entendido como el marco legal vigente; lo anterior también supone que el demandante no pueda pedir indemnización de perjuicios, ya que en juego no estaría un derecho suyo, sino uno de la comunidad.

Por otro lado, la acción de plena jurisdicción procede principalmente contra actos de carácter particular, en donde se han vulnerado derechos subjetivos por una decisión ilegal, lo cual implicaría que el único titular para ejercer la acción sea aquel que vea afectados sus intereses con la decisión de la Administración. En este sentido, quien interpone la acción no solo busca que se declare ilegal el acto, sino que también busca la indemnización de perjuicios.

No obstante lo anterior, algunas decisiones judiciales de la Sala Tercera de la Corte Suprema panameña han permitido que se ejerza la acción de nulidad contra actos de carácter individual en los cuales, pese a haber derechos subjetivos involucrados por la parte demandante, se observa su ilegalidad. Esto ha supuesto que un sector de la doctrina abogue por la tesis según la cual lo que determina la acción no es la naturaleza del acto, sino la pretensión que se persigue, razón por la cual, si se busca el restablecimiento del orden jurídico, aun tratándose de un acto de carácter individual, procedería la acción de nulidad: esta tesis que se inclina por un criterio en el cual sea la pretensión la que determine la acción, no ha sido acogida en Panamá, salvo en contadas excepciones (Gasnell Acuña, 2015: 410-428).

Ejemplo de lo anterior fue una acción de nulidad que pretendió la revocación de un contrato celebrado por la Aeronáutica Civil de Panamá; la Sala Tercera de la Corte Suprema aceptó la petición bajo el argumento de que el demandante no buscaba el restablecimiento de un derecho, sino que procuraba el respeto del bloque de legalidad, ya que en su consideración la celebración del contrato había afectado las disposiciones del procedimiento administrativo (Gasnell Acuña, 2015: 425-428).

En este sentido, si bien no es mayoritaria la postura explicada con anterioridad, se ha abierto la vía a que cualquier ciudadano, por medio de la acción de nulidad, cuestione actos de carácter individual siempre que la acción vaya destinada a proteger el marco legal y no persiga el restablecimiento de algún derecho subjetivo; cuántos más legitimados para interponer la acción, mayor será el número de intereses protegidos.

2.2.2. Recursos en vía administrativa

La vía gubernativa en materia contractual en Panamá se agotaba con la interposición de recursos ante la Dirección General de Contrataciones, que era un departamento del Ministerio de Economía y Finanzas; sin embargo, frente a la necesidad de establecer mayores garantías para contravenir los actos proferidos en el ciclo contractual, mediante la Ley 22 de 2006, con fundamento en la figura de descentralización por funciones²⁴, se consagró la autonomía, independencia funcional y personalidad jurídica de la Dirección General de Contrataciones Públicas²⁵, y se ordenó la creación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas²⁶, que ha sido denominado por la doctrina panameña como un órgano extrapoder, que no se encuentra adscrito a ninguno de los poderes del Estado²⁷. Al respecto, ambas instituciones tendrán a su cargo el conocimiento de los recursos que se interpongan en la vía gubernativa, como requisito previo para ejercer la acción contencioso-administrativa.

En este sentido, el art. 200 de la Ley 38 de 2000 expresa que el agotamiento de la vía gubernativa es un requisito para acudir a la justicia panameña. En materia de contrataciones proceden la acción de reclamo y el recurso de impugnación contra actos que se reputan ilegales. El ejercicio de una u otra acción dependerá de la fase en la que se encuentre el ciclo contractual, y la autoridad competente para resolverlo variará según el recurso que se ejerza. De este modo, la acción de reclamo procede contra todo acto u omisión ilegal o arbitraria que se haya proferido durante la etapa precontractual, hasta antes de que se adjudique o declare desierto el proceso de selección de contratista²⁸. Esta acción se concede bajo el efecto suspensivo²⁹ en única instancia, y será conocida por la Dirección General de Contrataciones Públicas.

En cambio, el recurso de impugnación procede contra las resoluciones que adjudican o declaran desierto el proceso de selección de contratista, contra el acto que rechaza las propuestas, o cualquier acto que afecte

24. La descentralización por servicios es una forma de organización administrativa que implica la creación de una nueva persona jurídica, lo cual no obsta para que esta siga formando parte de la Administración pública. A este nuevo sujeto de derecho se le transfiere la titularidad de una función específica, debido a su carácter especializado. Con ello se busca la toma de decisiones objetivas, lo cual implica un alto grado de autonomía en el ejercicio de sus funciones; lo anterior no se traduce en independencia absoluta, ya que se encontrará sujeta a las directrices generales dictadas por la Administración central (Rincón Córdoba, 2018: 188-199).

25. Art. 14 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

26. Art. 146 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

27. En este sentido, Padilla Lozano (2013: 19) y Morón Urbina (2020: 212). No obstante, en este mismo sentido hay opiniones disidentes; a modo de ejemplo, Carvalli Yee (2009: 83).

28. Art. 153 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

29. Arts. 153 y 155 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

la selección objetiva del contratista. Este recurso también se surte en el efecto suspensivo³⁰ en única instancia; el responsable de resolverlo es el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como se expone a continuación:

2.3. Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

2.3.1. Independencia

En relación con la autonomía técnica y financiera, el tribunal (TACP) estará dotado de una sede en la ciudad de Panamá. Si bien los recursos necesarios para su funcionamiento son proveídos por el presupuesto del Estado, el TACP contará con autonomía técnica y administrativa para realizar sus funciones, de modo que el personal interno de la corporación será nombrado en sala por acuerdo de sus miembros, y los mecanismos internos de reparto de casos se establecerán de acuerdo con las disposiciones internas de la sala del tribunal.

Respecto al nombramiento de sus miembros, el tribunal estará conformado por tres integrantes, y el procedimiento para su elección deberá ser reglamentado por el Gobierno³¹. Al respecto, el Decreto Ejecutivo n.º 57-A/2010 ha establecido una comisión interministerial, compuesta por los ministros de Seguridad Pública, de la Presidencia y de Economía y Finanzas, que presentará una terna mediante la cual el Presidente de la República nombrará directamente a los tres miembros de este tribunal.

En cuanto a los requisitos requeridos para ser miembro del tribunal, se requiere ser panameño, tener al menos 35 años de edad y pleno goce de derechos civiles y políticos, no tener condenas por delitos dolosos o por faltas al Código de Ética Profesional, ser abogado idóneo y tener por lo menos 3 años de experiencia comprobada en derecho administrativo³².

30. Debido al efecto suspensivo que conlleva la interposición de este recurso, a efectos de evitar dilaciones injustificadas o temerarias, el art. 116 de la Ley 22 de 2006 exige el pago de una fianza, que será ejecutada solo cuando se logre demostrar la temeridad del contratista al interponer la acción.

31. Art. 149 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

32. El texto original de la Ley 22 de 2006 establece, en el apdo. 4 del art. 122, que para ser miembro del tribunal se requiere "tener cinco años de experiencia en el ejercicio de abogado o haber ejercido un cargo en el cual se requiere idoneidad en el ejercicio de la profesión de abogado". Es decir, este requisito abre la posibilidad de que sea nombrado como miembro del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas un sujeto que no cuente con el título de

Los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas tendrán igual categoría, remuneración, incompatibilidades, inhabilitaciones, restricciones y prohibiciones que los magistrados de los tribunales superiores de justicia (Padilla Lozano, 2013: 11).

En lo referente a la estabilidad en el cargo, la duración en el mismo es de cinco años, con posibilidad de ser reelegido. En este punto, valga añadir que es al Presidente de la República a quien corresponde aplicar las sanciones mediante resolución motivada, y regular el procedimiento mediante el cual se aplicarán las causales taxativamente establecidas en la ley para suspender o remover a los miembros del tribunal³³.

2.3.2. Funciones

Las funciones del tribunal se enmarcan en el ámbito de control en el seno de la Administración, ya que es una autoridad independiente frente a la entidad que ha emitido el acto recurrido. Una vez el TACP ha adoptado una decisión, esta no pasa a otra instancia administrativa, y es el poder judicial el competente para realizar el control. En este sentido, las funciones del tribunal se manifiestan mayormente en la etapa previa a la celebración del contrato, a través del recurso de impugnación que procede contra: 1) los actos que adjudican a un contratista³⁴, 2) el que declara desierto el proceso de selección, o 3) la resolución que rechaza las propuestas. Asimismo, en la etapa precontractual procede el recurso de apelación contra la resolución que inhabilita al adjudicatario por negarse a firmar el contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal tiene potestad para pronunciarse sobre un número limitado de actos emitidos en la etapa de ejecución del contrato, de modo que tiene potestad para resolver el recurso de apelación que se interpone contra: 1) la decisión que resuelve el contrato, 2) la que debido a un incumplimiento impone una sanción al contratista, o 3) la que inhabilita al contratista por el abandono de la obra.

abogado, y que carezca de experiencia como tal, pero que haya desarrollado cargos públicos relacionados con el área jurídica.

33. Art. 150 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

34. El recurso de impugnación, antes de las reformas de 2008, únicamente podía interponerse contra el acto de adjudicación de contratista, pero no contra el acto que declaraba desierto el proceso de selección. En este sentido, la Corte declaró la ilegalidad de un acto del TACP que adjudicaba un contrato cuyo procedimiento de selección había sido previamente declarado desierto. Al respecto, la Sala Tercera de la Corte Suprema argumentó que, en el momento de producirse la adjudicación por parte del tribunal, la ley no le confería dichas funciones (Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia n.º 26288, de 3 de octubre de 2008).

Por último, el tribunal tendrá una competencia subsidiaria respecto de las acciones de reclamo que no fueron resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del plazo previsto en la ley.

Cuando la parte interesada haya presentado el recurso de impugnación, el tribunal tendrá dos días hábiles para admitir o inadmitir el recurso³⁵. En caso de que el tribunal no se pronuncie en el plazo establecido sobre la admisión del recurso, este se entenderá aceptado. Una vez admitido, el tribunal correrá traslado a la entidad que emite el acto recurrido para que en el plazo de 3 días se pronuncie frente al recurso interpuesto; esta será, además, la única oportunidad que tendrá la entidad para aportar pruebas.

Al surtirse la etapa anterior, se abrirá un incidente procesal mediante el cual cualquier persona estará facultada para pronunciarse acerca de la legalidad del acto impugnado; quien intervenga en este sentido se considerará parte procesal únicamente en esta etapa.

Agotado el trámite anterior, el tribunal tendrá diez días para resolver cuando se trate de valoraciones meramente jurídicas; en caso contrario, se abrirá un periodo probatorio de diez días: una vez vencido este periodo, el tribunal tendrá cinco días para tomar una decisión. En todo caso, cuando pasen más de 30 días y no se haya proferido fallo, procede el silencio administrativo negativo en contra de la solicitud del administrado y, por lo tanto, se tiene por agotada la vía gubernativa.

2.3.3. Alcance de sus decisiones

Las decisiones producto de la interposición del recurso de apelación o impugnación tienen la facultad de ratificar, modificar o reemplazar totalmente el acto recurrido. A tal efecto, las decisiones emitidas por el tribunal tienen la naturaleza de acto administrativo. En este sentido, son de obligado cumplimiento por parte de las entidades contratantes, así que el tribunal tendrá potestad para sancionar a los servidores públicos que no las acaten³⁶. En cambio, en lo que respecta a los postores o contratistas, la decisión no

35. Sobre este punto, el art. 32 de la Ley 22 de 2006, Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020, establece que el tribunal, al igual que los demás servidores públicos que intervienen a lo largo del ciclo contractual, debe respetar las garantías del debido proceso, lo cual conlleva la admisión de reclamos y de recursos de ley, que deberán ser resueltos en el tiempo fijado para ello.

36. Apdo. 7 del art. 146 y art. 164 de la Ley 22 de 2006, Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

hará tránsito a cosa juzgada y será habilitante para ejercer la acción contencioso-administrativa, ya que con ella se entiende agotada la vía gubernativa.

2.4. Conclusiones

1. Los actos administrativos que se produzcan a lo largo del ciclo contractual se encuentran sujetos a control interno por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Una vez agotada la vía administrativa, corresponderá a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia conocer el acto recurrido, mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción o de nulidad, dependiendo de si con la demanda se pretende el restablecimiento del marco de legalidad o de un derecho.
2. El TACP puede ser considerado como un órgano de control independiente ubicado en el seno de la Administración, cuya finalidad esencial consiste en velar por la legalidad de las actuaciones producidas, principalmente, durante la etapa previa a la celebración del contrato. Esta facultad de control se exterioriza mediante actos administrativos que pueden modificar o revocar lo decidido por las entidades que inician el proceso de selección, de modo que no se encuentran sujetos a revisión en otra instancia administrativa.
3. El TACP es un órgano de naturaleza administrativa, ya que se encuentra ubicado en el seno de la Administración pública. Si bien hay posturas que sostienen que es un órgano extrapoder, esta clasificación es doctrinaria y no tiene rango legal o constitucional, razón por la cual no podría considerarse que un órgano se encuentra ubicado por fuera de alguna de las tres ramas del Estado y necesariamente debe ser adscrito a una de ellas.

3. Perú

3.1. Aspectos generales

El régimen general de contrataciones del Estado en Perú se ha caracterizado por una notable dispersión normativa. En la década de los 70 no existía una disposición legal específica sobre la regulación de las diversas modalidades de contratación con el Estado y el régimen legal aplicable se hallaba en diversas normas, principalmente de carácter presupuestario; además, la gran mayoría de las entidades del sector público tenían sus propios reglamentos de contratación; por otra parte, en materia de concesiones no exis-

tían reglas unificadas ni un común denominador aplicable, y únicamente se podían observar ciertas normas sectoriales, enfocadas exclusivamente en la explotación de recursos naturales (Danós Ordóñez, 2006: 9-34).

Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de 1993, se reafirmó³⁷ la obligación del Estado de contratar servicios, obras y suministros mediante procedimientos de licitación y concurso público; además, se aprobó la Ley n.º 26850 de 1997, denominada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante LCAE). Esta ley contribuyó a unificar la legislación dispersa en materia de contrataciones³⁸, regulando los procesos de contratación de servicios, obras y suministros aplicables a todas las entidades del sector público; adicionalmente, la LCAE se enfocó en la regulación del proceso de selección de contratista, disponiendo que en la etapa de ejecución del contrato el arbitraje sería un mecanismo obligatorio de solución de controversias. Por último, otra de las grandes contribuciones de la ley comentada fue la creación del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hoy en día denominado OSCE, que en su época fue el organismo supervisor de las contrataciones del Estado y que en la práctica ejercía las funciones propias de un tribunal administrativo, al resolver las controversias que se presentaban entre los postores o contratistas y las entidades a lo largo del ciclo contractual.

Por otro lado, la Constitución de 1993 introdujo reformas tendentes a liberalizar la economía, razón por la cual fue necesario crear garantías de estabilidad y de certeza jurídica para fomentar la inversión. Lo anterior se tradujo en la expedición de un nuevo régimen que aglutinó la legislación dispersa en materia de concesiones; asimismo, al dejarse el mercado bajo control de los particulares, el Estado dejó el rol de prestador de servicios públicos y asumió el de garante de la prestación de los mismos, el cual ejerció por medio de organismos reguladores.

37. En 1979 se introdujeron la licitación y el concurso público como procedimientos de selección obligatorios para las entidades, cuando se trate de adquisición de servicios, obras o suministros. Art. 143 de la Constitución Política de 1979: "La contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades".

38. La LCAE unificó la legislación dispersa en materia de contratación de obras públicas, de adquisiciones y de actividades de consultoría. Si bien estos son los tipos más frecuentes de contratos que suscribe el Estado peruano, lo cierto es que las concesiones, los contratos ley, contratos de personal, convenios interadministrativos y contratos para la disposición de bienes del Estado seguían contando con regulación propia, razón por la cual la finalidad unificadora que perseguía la LCAE no abarcó la totalidad de contratos celebrados por el Estado (Danós Ordóñez, 2006: 14-15).

En una etapa posterior, y como consecuencia de la suscripción de los tratados de libre comercio con Estados Unidos, se publicó la Ley n.º 29157, que delegaba en el poder ejecutivo la facultad de legislar sobre la implementación del acuerdo de promoción comercial entre ambos países; bajo la necesidad de hacer competitivo el sistema económico peruano mediante “la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado”, se expidió el Decreto Legislativo n.º 1017 de 2009, denominado Ley de Contrataciones del Estado (LCE)³⁹. Sobre el particular es importante mencionar que aun después de la expedición de la LCE, y a pesar de la finalidad unificadora de esta ley, el régimen de contrataciones del Estado peruano seguía permaneciendo disperso y se caracterizaba por la existencia de numerosas normas, de carácter especial, que regularon cada uno de los tipos contractuales.

Por último, el 11 de julio de 2014 se expide la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, que entró en vigor el año siguiente con la expedición de su reglamento. Esta ley contiene el marco regulatorio de compras públicas vigente hasta la fecha en Perú. Conforme a la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, la excesiva regulación en materia de contratación, la cual además carecía de principios generales, impedía que en muchas situaciones se lograra aplicar la regulación general a casos específicos, en los cuales no había regulación expresa al respecto (Proyecto de Ley n.º 3623, 2013: 3-5).

3.2. Medios de control al ciclo contractual

3.2.1. Arbitraje

El arbitraje es el único mecanismo de solución de controversias que puede presentarse en la etapa de ejecución del contrato; es decir, a diferencia de lo que sucede en otros países de la región, el arbitraje en materia de contratación estatal no es un acuerdo que nace de la voluntad de las partes, toda vez que por disposición legal las controversias que se presenten en la etapa de ejecución del contrato, relacionadas con la ejecución, interpretación, nu-

39. De manera similar a la LCAE, la Ley de Contrataciones del Estado únicamente reglamentó un número reducido de contratos. Art. 1 del Decreto Legislativo n.º 1017: “La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del sector público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos”.

lidad, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, deberán ser resueltas, de manera obligatoria⁴⁰, a través del arbitraje⁴¹.

Esta disposición busca garantizar el principio de eficiencia, procurando que las decisiones que resuelvan las controversias presentadas entre el Estado y los contratistas sean prontas y oportunas, de manera que se garanticen el interés general y la prestación del servicio. En este marco, el arbitraje tiene que ser en derecho, y el presidente del tribunal arbitral necesariamente debe contar con especialización probada en derecho administrativo y en contratación estatal; los demás miembros únicamente deben probar conocimiento en compras públicas, lo cual abre la posibilidad de que expertos en otras materias, sin necesidad de que sean abogados, puedan ser árbitros. En el mismo sentido, el arbitraje podrá ser institucional o *ad hoc*.

Sumado a lo anterior, el laudo arbitral no es sujeto de impugnación ante el poder judicial y hará tránsito a cosa juzgada, salvo para los casos de fraude contemplados de manera taxativa en la legislación de arbitraje (Gamarra Barrantes, 2009: 221-222) y aquellos supuestos que establece la ley⁴².

En el ámbito de lo expuesto, la regulación en materia arbitral ha sufrido numerosas modificaciones, puesto que la gran mayoría de decisiones afectan a las entidades del sector público⁴³, lo cual, según algunos sectores,

40. Aunque las disposiciones legales facultan a las partes a conciliar, antes de acudir al arbitraje, lo cierto es que esta figura no tiene gran acogida debido a que la normatividad no explica los alcances que tendrían los servidores públicos en el ejercicio de esta facultad; lo anterior, sumado a que en la mayoría de los casos es el interés público lo que está de por medio, termina por hacer que los funcionarios públicos prescindan de esta etapa, a efectos de evitar sanciones disciplinarias (Vizcarra, 2019: 51-52).

41. En caso de que alguna de las partes acuda ante el poder judicial, se ha establecido que es válido que la parte demandada interponga la excepción de pacto arbitral y esta se declare fundada, o que el juez que recibe la demanda se declare incompetente en razón de la materia (Rodríguez Flores, 2014: 127).

42. El apdo. 4 del art. 45 de la Ley n.º 30225 establece lo siguiente: "La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo".

43. Un estudio realizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que tomó como muestra de estudio 400 decisiones arbitrales proferidas entre los años 2003 y 2012, determinó que el 75,2 % de las decisiones arbitrales eran desfavorables para las entidades del sector público, ya que únicamente en el 24,8 % de los laudos arbitrales analizados el Estado no era condenado a pagar el valor exigido en la demanda (Guzmán-Barrón y Zúñiga, 2014: 97).

se debe a hechos de corrupción que han podido ser identificados a raíz del proceder de un grupo de árbitros y contratistas que coluden su actuación a favor de intereses propios (Vizcarra, 2019: 51). No obstante lo anterior, otros doctrinantes explican este fenómeno bajo el entendido de que el arbitraje está orientado a ser activado por el contratista, y no por las entidades que tienen la facultad para aplicar penalidades o ejecutar garantías, prerrogativas propias que tiene el Estado y no el contratista. La existencia de esas prerrogativas no haría necesario que la Administración acuda a la vía arbitral, salvo en algunos casos específicos, ya que por medio de su propia autotutela puede obtener sus pretensiones; en cambio, el contratista necesariamente debe acudir a la vía arbitral para exigir sus derechos, y si a esto se suma el hecho de que el contratista está iniciando un proceso judicial en contra de un cliente suyo, se podría vislumbrar que se debe a que hay una alta probabilidad de que el contratista tenga la razón (Soria *et al.*, 2022).

Una vez expuesto lo anterior, podría afirmarse que la finalidad de la implementación del arbitraje en el sistema peruano obedece a la necesidad de dar celeridad a las actuaciones judiciales para satisfacer el interés público que envuelve la relación contractual con el Estado. A pesar de esto, no han sido pacíficos los criterios en cuanto a los beneficios de la obligatoriedad de este método de solución de conflictos, no solo porque la mayoría de las veces el Estado no resulta beneficiado, sino también porque se está dejando en manos de particulares el control de la actuación contractual de la Administración, con las discusiones que ello supone.

3.2.2. Mecanismos de control en el proceso de selección

El procedimiento de selección es la vía mediante la cual se forma la voluntad administrativa contractual de la entidad. Se inicia con una fase interna de la Administración pública, por medio de la cual la entidad⁴⁴ emite un requerimiento⁴⁵ con las especificaciones técnicas de los bienes y servicios a obtener. Posteriormente, se definen la disponibilidad de recursos, la fuente de financiación y el plan anual de contrataciones⁴⁶. Una vez completado

44. Art. 6 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

45. Art. 16 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

46. Capítulo 2 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF), complementado por el capítulo 1, título 4 del Reglamento de la Ley n.º 30225 (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF).

este trámite, se deberá determinar el proceso de selección⁴⁷, y luego se designará un órgano encargado⁴⁸ de iniciar el mismo. Este órgano estará compuesto por expertos con conocimiento técnico en los bienes a obtener, y su principal función consiste en lograr la realización del procedimiento de selección, velando por el cumplimiento de la legalidad en el mismo, es decir, guardando obediencia a lo establecido en las bases⁴⁹. En este orden, cuando se haya designado el órgano a cargo del procedimiento de selección, corresponderá a la entidad impulsar la convocatoria.

Con la convocatoria finaliza la etapa de preparación interna de la Administración e inicia una fase externa, por medio de la cual el postor decide formar parte del proceso de selección. Esta decisión genera una serie de derechos y deberes, que obedecen a los intereses que persiguen las partes. Así, el postor no tiene derecho a ser seleccionado, pero sí se encuentra legitimado para exigir el cumplimiento de la ley y la normativa que se encuentra en las bases. Al mismo tiempo, surge en cabeza del postor la obligación de participar activamente en el proceso de selección, colaborando con la entidad en el proceso de formación de la voluntad administrativa precontractual, a través de la interposición de los recursos de ley que permiten fiscalizar a la Administración y que traen como resultado la elección de la oferta que más favorezca a la entidad (Retamozo Linares, 2018: 97-99).

De esta manera, la dialéctica supone un rasgo característico del proceso de selección, dado que por medio de los derechos de los participantes, y los recursos que estos interponen, se va modificando la voluntad precontractual de la Administración (*ibidem*). De este modo, el conjunto de etapas coordinadas y sucesivas, que permiten la impugnación de los actos, se combinan entre sí para desembocar en la celebración del contrato.

Durante el proceso de selección, los participantes tienen dos mecanismos para controvertir los actos de la Administración; será competente la entidad contratante o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según el recurso de que se trate y la cuantía del mismo.

47. Art. 21 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF), complementado por el art. 53 del Reglamento de la Ley n.º 30225 (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF).

48. Art. 43 del Reglamento de la Ley n.º 30225 (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF).

49. Anexo n.º 1 del Reglamento de la Ley n.º 30225 (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF). "Bases: Documento del procedimiento de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada y subasta inversa electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la entidad para la preparación y ejecución del contrato".

3.2.2.1. Consultas y observaciones ante la entidad contratante.

Una vez ha finalizado la convocatoria, los participantes tienen derecho a formular consultas y observaciones a las bases de la contratación. Las consultas son solicitudes de aclaración respecto al alcance de lo establecido en las bases, y las observaciones son objeciones a las bases por supuestas vulneraciones de la normatividad de contrataciones o de cualquier otra norma⁵⁰. Al respecto, contra las bases no proceden los recursos administrativos ordinarios, porque la naturaleza jurídica de estos documentos no es de acto administrativo, sino reglamentaria, lo cual justifica recursos y un procedimiento especial para tramitar su impugnación (Retamozo Linares, 2009: 120).

En este sentido, el art. 72 de la Ley n.º 30225 regula el procedimiento de las consultas y las observaciones, determinando que estas pueden interponerse en un plazo no mayor de 10 días hábiles siguientes a la finalización de la convocatoria. Una vez resueltas, el pliego decisorio debe ser incorporado a las bases, modificando el contenido de las mismas: en todo caso, en lo que respecta a la decisión de las consultas, bajo ninguna circunstancia pueden desnaturalizar el contenido de las bases.

Por último, contra la decisión de las consultas no podrá interponerse recurso alguno, salvo que se eleve ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado la revisión del pliego de absoluciones de consultas y observaciones. Como requisito para acceder a esta instancia es necesario efectuar el pago correspondiente.

3.2.2.2. Recurso de apelación.

Cuando se haya superado la etapa de consultas y observaciones, todo desacuerdo que se presente entre el postor y las resoluciones emitidas por el órgano de selección de la entidad únicamente podrá resolverse mediante recurso de apelación, que solo puede interponerse después de otorgada la buena pro (adjudicación del contrato)⁵¹. En este sentido, el recurso de apelación es un remedio procesal contra los actos administrativos que violan un derecho del

50. Art. 72 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

51. La contratación estatal es un mecanismo por medio del cual el Estado logra sus finalidades; lo anterior significa que está en juego la satisfacción del interés público, razón por la cual la celeridad debe ser una de las características del proceso de selección. Ahora, dado que la ley peruana otorga a este recurso un carácter suspensivo del procedimiento, será la etapa final del proceso de selección la única posible para interponer este recurso. Lo anterior busca evitar el

administrado, y que, en el caso particular del procedimiento de selección, son promovidos contra las decisiones de los órganos que intervienen en el mismo (Tribunal de Contrataciones del Estado, Resolución n.º 1445, 2007).

El recurso de apelación se concede en única instancia⁵² y será conocido por el Tribunal de Contrataciones del Estado en aquellos casos que determine la ley⁵³. Asimismo, como consecuencia de la suscripción de los tratados de libre comercio con Estados Unidos y Singapur, se ha establecido que el Tribunal de Contrataciones es competente para conocer del recurso de apelación, a modo privativo, cuando se trate de postores extranjeros.

3.3. Tribunal de Contrataciones del Estado

Hasta antes de la expedición de la Ley n.º 26850, Perú no contaba con un órgano supervisor de los contratos que celebraba el Estado. Con la referida ley se creó el CONSUCODE, hoy en día denominado Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), que a la fecha es la entidad rectora de las compras públicas en Perú; a la estructura administrativa del OSCE se encuentra vinculado el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE), el cual tiene facultades para imponer sanciones, interpretar las normas de contratación del Estado y resolver, en última instancia administrativa, el recurso de apelación.

Si bien no es la primera vez que existe un tribunal de este tipo en Perú, ya que en el seno del CONSUCODE había un organismo que tuvo atribuciones similares, e incluso podía llegar a conocer de controversias que se generaran en la fase de ejecución del contrato, lo cierto es que por primera vez hay un único tribunal de la Administración pública encargado de resolver las controversias presentadas en la fase de selección de contratista en Perú⁵⁴. A este respecto, vamos a analizar algunas características de dicho tribunal.

uso indiscriminado de este recurso a lo largo de todo el proceso, lo cual terminaría por afectar a la celeridad de este (La Contraloría General de la República, 2015: 66).

52. Algún sector de la doctrina critica la única instancia, argumentando que no es solo un derecho del administrado, sino también de la Administración, el poder revisar en instancias superiores las decisiones administrativas. En el caso del recurso de apelación, este es un requisito para agotar la vía gubernativa, y podría pensarse que al acudir con posterioridad al poder judicial, vía contencioso-administrativo, se satisfacen las garantías de revisión de las que es titular el recurrente; no obstante, esta apreciación podría resultar errónea, dada la gran saturación del poder judicial (Morón Urbina, 2017).

53. Apdo. 3 del art. 41 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

54. Antes de la expedición de la Ley n.º 26850 de 1998, había absoluta dispersión legal en materia de contratación estatal en Perú; cada contrato era regulado por regímenes especiales, que se encontraban consagrados en normas separadas. La mayoría de estas normas no solo tenían disposiciones distintas para situaciones similares, sino que, además, algunas de ellas con-

3.3.1. Independencia

La ley de Perú define el TCE como un tribunal independiente y autónomo⁵⁵; si bien la norma menciona que este tribunal tendrá autonomía funcional en la toma de decisiones, no posee autonomía financiera ni administrativa. Con base en lo anterior, se analizarán algunos criterios que son esenciales para determinar la independencia de este órgano.

En primer lugar, la autonomía administrativa es la capacidad que tiene cualquier institución para gestionar los asuntos propios de su organización interna, sin la intervención de otras instituciones (Mostacero Orozco, 2006: 6). Al respecto, se observa que el TCE no cuenta con este tipo de autonomía, porque depende administrativamente de la Presidencia del OSCE⁵⁶; además, el número de integrantes y de salas que lo componen será establecido a través de decreto supremo⁵⁷, que deberá ser refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas⁵⁸. En este sentido, la administración de una institución determina su correcto funcionamiento; ejemplo de ello fue el Tribunal del CONSUCODE, que al no contar con salas suficientes no pudo atender de manera correcta las controversias que surgieron a raíz de los contratos y debido al aumento exponencial de las mismas, lo que lo llevó a su colapso (Baca Oneto, 2009: 79).

En segundo lugar, respecto a la designación de sus miembros, según algunos criterios doctrinales, la participación de más de uno de los poderes del Estado en la designación de los miembros de una institución genera independencia⁵⁹. Sobre este punto, poco sólido parece el sistema de elección peruano, ya que corresponde al Presidente de la República reglamentar la organización de los concursos públicos por medio de los cuales se selecciona a los vocales

sagraban tribunales administrativos para cada régimen contractual, lo que también condujo a que hubiera multitud de tribunales administrativos facultados para conocer de controversias contractuales (Tafur y Miranda, 2007: 143).

55. Apdo. 1 del art. 59 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

56. Consultado en la plataforma digital única del Estado peruano. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osce/organizacion>.

57. "Decisión de carácter específico rubricada por el Presidente de la República y refrendada por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan y se publica en los casos que lo disponga la ley cuando son de naturaleza normativa" (Pérez y Gardey, 2011).

58. Apdo. 2 del art. 59 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

59. Ejemplo de ello es la designación del *comptroller general* de Estados Unidos, que es elegido por el Presidente de la Unión, de una terna propuesta por el Congreso. Otro ejemplo son los miembros del Tribunal de Contratación chileno, donde el Presidente de la República elige a sus miembros de una terna elaborada por la Corte Suprema. La participación de más de un poder del Estado en la elección de los miembros garantiza la imparcialidad y hace más autónomos a los elegidos (Benavides, 2019: 512-513).

del TCE. En la actualidad, el Decreto Supremo n.º 186 de 2018 es el encargado de regular esta función, y establece un proceso en el cual habrá una convocatoria pública abierta en la que se realizará una inscripción única de postulantes, la cual dará lugar a que se efectúen pruebas de conocimiento y de acreditación de requisitos profesionales; quienes hayan superado estas dos etapas serán objeto de evaluaciones psicológicas y una entrevista personal.

Sumado a lo anterior, para ser vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado se requieren las siguientes calidades: contar con título profesional universitario; experiencia no menor de cinco años en materias relacionadas con la contratación estatal, y acreditar estudios de especialización en los mismos temas; no estar inhabilitado para ejercer la función pública; no haber sido inhabilitado para contratar con el Estado; no haber sido declarado insolvente ni tampoco haber ejercido cargos directivos en personas jurídicas declaradas en quiebra.

En este sentido, la capacitación técnica en materia de contratación estatal resulta relevante, ya que es la única manera por medio de la cual se podrán llevar a cabo de manera satisfactoria las funciones de un tribunal especializado, esto es, resolver de manera pronta asuntos altamente tecnificados, comprendiendo las múltiples complejidades que puedan presentarse en temas de contratación administrativa. Al respecto, exigir a los miembros del tribunal tener experiencia en “materias relacionadas”, lo cual permitiría no tener especialización específica en contratación pública, y un “título universitario”, lo cual significa que no necesariamente sea en Derecho, podría afectar al carácter técnico del tribunal y a la independencia de sus miembros ante su nominador (Benavides, 2019: 514).

A su vez, el periodo de los vocales es de tres años, y el competente para ejercer el control disciplinario será el Presidente de la República, que mediante resolución suprema, que deberá ser refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas, podrá remover a los vocales del TCE, cuando ellos se encuentren inmersos en alguna de las faltas establecidas en la ley. Lo anterior permite observar las amplias facultades que se han otorgado al Presidente de la República para sancionar a los vocales del tribunal, lo cual permitirá entrever una posible afectación de la independencia de estos miembros.

3.3.2. Funciones

En primer lugar, corresponde al tribunal conocer del recurso de apelación interpuesto contra los actos emitidos en un proceso de selección; así, el TCE actuará como órgano de última instancia administrativa. El tribunal conoce-

rá estas controversias cuando la cuantía del proceso ascienda a más de 50 UIT y después de otorgada la buena pro, es decir, después de la adjudicación del contrato, y hasta antes de que se haya celebrado el mismo.

Para poder interponer el recurso, el ordenamiento peruano exige una garantía que deberá pagar el participante del proceso de selección. La principal finalidad que se persigue con esta garantía es evitar las apelaciones temerarias, que terminan por retrasar el proceso, ya que este recurso se otorga en el efecto suspensivo. Esta finalidad parece válida, el problema radica en la práctica, toda vez que cuando las pretensiones de un postor no prosperan se ejecuta automáticamente la garantía, sin observar si el recurso era válido o si por el contrario perseguía una finalidad temeraria. Desconocer este factor podría ir en contra de la naturaleza misma del proceso administrativo, en donde no hay certeza sobre el resultado de la decisión, ya que puede suceder que la autoridad que resuelva el recurso tenga una lectura diferente a la que ha tenido el recurrente sobre los hechos o el derecho (Alejos Guzmán, 2020: 143-158).

En otras palabras, si el criterio para determinar la ejecución de la garantía es la victoria en juicio y no el ánimo subjetivo que se perseguía con la interposición del recurso, la finalidad que se procura con esta garantía ya no sería la de evitar apelaciones temerarias, que suspendan el proceso injustificadamente, sino que sería una pena para quien no ve prosperar sus pretensiones en juicio, caso en el cual se limitaría su acceso a la justicia (Urquiza Maggia, 2006: 3).

A modo de ejemplo, la Resolución n.º 2222-2018-TCE-S4 resolvió el caso de un postor que fue descalificado en un proceso de selección realizado por la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas. El motivo por el cual se le descalificó fue “por no haber acreditado la experiencia requerida”, que se probaba por medio de facturas. El postor impugnó la decisión alegando que sí había presentado las facturas solicitadas, y expuso ampliamente por qué estas eran válidas, toda vez que la decisión que le descalificó no se pronunció respecto de las facturas que él había presentado en el proceso y que no fueron suficientes para acreditar la experiencia.

En la resolución del tribunal, se negaron las pretensiones del recurrente con el argumento de que se trató de un error de apreciación del postor, y, si bien se reconoce que el acto que le descalificó contó con motivación insuficiente, el tribunal confirmó la descalificación del proceso, razón por la cual declaró infundado el recurso y ejecutó la garantía. Es decir, a pesar de reconocer que el acto no contaba con motivación suficiente, lo cual dejaría claras las dudas sobre el mismo, la garantía fue ejecutada.

En cuanto al trámite de recurso, el plazo para interponerlo será de ocho días hábiles contados a partir de la fecha de notificación del acto que se pretende impugnar. Una vez admitido el recurso en un plazo no superior a dos días hábiles el tribunal deberá requerir a la entidad para que, en el plazo de 3 días hábiles, envíe el expediente de contratación completo. Ya con el expediente en sus manos, el tribunal tendrá un plazo de 5 días hábiles para analizarlo. En el transcurso de esta obligación, podrá requerir, una única vez, información adicional a la entidad, al impugnante o a terceros, supuesto en el cual su competencia se prorroga por un plazo de quince días más. Una vez vencido el plazo anterior, el tribunal deberá resolver el recurso y deberá notificarlo en un plazo de cinco días. En caso de no hacerlo, operará la figura de “la denegatoria ficta”, lo cual permitirá la interposición de la demanda contencioso-administrativa.

3.3.3. Facultad sancionadora

El ordenamiento jurídico ha concedido la potestad sancionadora al TCE, la cual se desarrolla bajo el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador, contenido en la Ley n.º 27444. A su vez, los derechos, obligaciones y garantías mínimas concebidos para este proceso deben ser observados en el momento de interponer una sanción administrativa por parte del TCE. Los sujetos procesales para el tribunal son los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que actúen como residentes o supervisores de obra. Con anterioridad el tribunal tenía dentro de sus funciones la posibilidad de sancionar a los árbitros. Lo anterior fue modificado con la entrada en vigor de la Ley n.º 30225, ya que se ha eliminado esta posibilidad. Esto ha sido calificado por un sector de la doctrina como acorde con la Constitución, dado que, si se reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje, también debe reconocerse la independencia de sus miembros ante los otros poderes del Estado (Guerinoni Romero, 2014: 147).

Frente a la anterior facultad, cuando se imponga una sanción el afectado tendrá la posibilidad de recurrir por medio del recurso de reconsideración, el cual no es un requisito para agotar la vía gubernativa, ya que con la simple resolución será suficiente para poder interponer la acción contencioso-administrativa ante el poder judicial.

3.3.4. Función interpretadora

Las fuentes formales del derecho, como la ley o los principios generales, se ven condicionadas, interpretadas o complementadas por “las fuentes mate-

riales” del derecho administrativo. Estas fuentes materiales, a su vez, crean un nuevo derecho. En este sentido, las resoluciones de observancia obligatoria de tribunales y consejos especiales, habilitados por leyes especiales para establecer criterios interpretativos de alcance general, constituyen decisiones cuya observancia es de obligado cumplimiento en la resolución de casos donde existan supuestos similares (Morón Urbina, 2017: 164-166). La finalidad de esta fuente de derecho es satisfacer el principio de seguridad jurídica, porque habrá certeza del marco legal aplicable, e igualdad, porque se dará el mismo trato a los administrados.

En el marco de lo expuesto, los acuerdos del tribunal que se adopten en sesión plena, donde se interpretan de modo expreso las normas generales establecidas en la ley, más específicamente aquellas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado Nacional del Perú, constituyen precedentes de observancia obligatoria para las entidades y este tribunal, salvo que posteriormente sean derogados por la misma sala o por una norma con rango legal.

Una muestra de esta facultad la constituye el acuerdo de Sala Plena n.º 04-2017, por medio del cual se define la competencia del tribunal para conocer controversias relacionadas con procedimientos de selección de Petroperú S.A., en donde se establece que, en razón de una modificación legal, el tribunal no es competente para conocer de estas controversias; en este sentido: “En tanto no se emita una norma con rango de ley que restituya competencias al TCE, las salas que lo componen no pueden conocer los recursos de revisión relacionados con las controversias derivadas de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A. con posterioridad a la publicación del Decreto Legislativo N° 1292, así como tampoco los procedimientos administrativos sancionadores derivados de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A.”.

3.3.5. Alcance de sus decisiones

Las decisiones del tribunal proferidas al resolver el recurso de apelación y en ejercicio de las facultades sancionatorias o interpretativas, reciben el nombre de “resoluciones”. Estas resoluciones tienen la naturaleza de actos administrativos discrecionales, ya que la resolución no está absolutamente determinada en las normas y, por lo tanto, su fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas que optan entre varias alternativas distintas (Morón Urbina, 2017: 236); por ejemplo, por qué es procedente o no el recurso de apelación, o por qué debería interponerse

determinada sanción, o por qué debe acogerse determinado criterio interpretativo por encima de otro.

De la naturaleza de las decisiones se derivan sus consecuencias: al ser una decisión administrativa, esta no hará tránsito a cosa juzgada, ya que es susceptible de control judicial; es así como las decisiones del tribunal son de obligado cumplimiento para las partes: en el caso del recurrente, la resolución agotará la vía gubernativa y le permitirá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa; en cambio, tratándose de entidades, no procede recurso alguno contra las decisiones del tribunal, y este tendrá la facultad de exigir a los órganos de control institucional o a la Contraloría General de la República que se imponga la resolución prevista.

Por otro lado, como resultado del análisis del recurso de apelación, el tribunal podrá revocar el acto impugnado; también podrá revocar de oficio cuando observe la existencia de una causal de nulidad, para lo cual ordena retrotraer todo el proceso hasta la etapa en la cual se produjo el vicio. Lo anterior supone un verdadero control interno de legalidad a las actuaciones desarrolladas por la Administración.

3.4. Conclusiones

1. El régimen normativo que regula la contratación del Estado en Perú cuenta con gran dispersión, pese a que desde finales del siglo 20 se han hecho grandes intentos de unificar la normatividad. En este sentido, la Ley 30225 del año 2014 es la norma vigente en la actualidad, y unifica la regulación de los procesos de contratación de bienes, servicios, consultorías y obras que realicen todas las entidades del sector público.

2. A diferencia de lo que sucede en otros países, el arbitraje será el único método de solución de controversias al cual podrán acudir las partes cuando estas se encuentren en la fase de ejecución del contrato. La finalidad que se persigue con esta disposición es satisfacer el orden público por medio de la celeridad que podría implicar acudir a estos mecanismos. De este modo, el laudo arbitral no podrá ser recurrido ante el poder judicial, salvo que se esté ante uno de los supuestos taxativamente establecidos en la ley.

3. El agotamiento de la vía gubernativa es un requisito de procedibilidad para ejercer la acción ante el poder judicial, en relación con aquellas controversias que surjan en la etapa precontractual o de procedimiento de selección realizado por la entidad. A este respecto, en primera instancia se

podrán formular consultas y observaciones, y de manera posterior únicamente podrá interponerse el recurso de apelación, que, dependiendo de la cuantía o la naturaleza del contrato, será conocido por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

4. El Tribunal de Contrataciones del Estado es un organismo que hace de última instancia administrativa, antes de acudir a la vía judicial, en cuanto a las reclamaciones realizadas por los postores en un proceso de selección.

5. En cuanto a su independencia, esta podría ser discutida, porque corresponde al presidente de la República reglamentar el proceso por medio del cual se designan sus miembros, y ejercer la facultad disciplinaria ante ellos. Sin embargo, en términos generales, el proceso de selección es imparcial, y las calidades requeridas para ser vocal permiten establecer la especialidad necesaria para el cargo; asimismo, en el ejercicio de sus funciones se ha establecido un procedimiento rígido, en el que se pueden observar garantías procesales para los intervinientes; por último, dentro de sus finalidades se encuentra el proteger el derecho objetivo, por medio del análisis de la legalidad de los actos que afecten a la continuidad del procedimiento.

6. El TCE se encuentra ubicado en el seno de la rama ejecutiva, y su función principal consiste en realizar un control interno a las decisiones del Organismo Superior de Contrataciones; lo anterior, sumado a la facultad de interpretar la Ley de Contrataciones del Estado, permite observar la posibilidad que tiene de determinar la voluntad que expresa la Administración, por medio de preceptos que son vinculantes únicamente para las entidades administrativas. Por último, sus decisiones no son vinculantes para los administrados, ya que las decisiones de este tribunal son un requisito para agotar la vía gubernativa, es decir, no hacen tránsito a cosa juzgada y no tienen los efectos de una decisión de primera instancia.

4. Argentina

4.1. Aspectos generales

El federalismo argentino es una forma de organización basada en la asociación voluntaria de las provincias, que delegan algunos de sus poderes para constituir el poder central. Uno de los poderes reservados y no delegados al poder central por las provincias es la facultad para expedir su propio régimen de contrataciones (Ivanega, 2021: 19), razón por la cual cada una de las provincias cuenta con estatutos propios en la materia. Lo anterior no obsta

para que el poder central, que también goza de potestades administrativas, se rija por su propio régimen de contrataciones, necesario para lograr los fines que ha establecido la Constitución y que guían la función pública.

En este sentido, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante RCAN) se encuentra contenido en el Decreto 1023 de 2001 y es de observancia obligatoria por la Administración Nacional, los organismos descentralizados y las empresas y sociedades del Estado cuando inicien procesos de contratación. Asimismo, cuando el poder judicial o el legislativo, en ejercicio de funciones administrativas propias, realicen procedimientos de contratación o adquisición de bienes, deberán regirse por el RCAN en aquello que no esté contemplado en sus regímenes propios.

Al respecto, el RCAN contiene las reglas y los principios que son aplicables a la contratación administrativa, y su ámbito de aplicación está dado por un criterio subjetivo⁶⁰, contenido en el art. 1, que establece la presunción de que todos los contratos celebrados por la Administración pública son de índole administrativa⁶¹; presunción que se encuentra matizada por

60. Al igual que en otros ordenamientos jurídicos, en Argentina se han presentado dos tesis, que se contraponen entre sí, para justificar o negar la existencia de los contratos administrativos. Si bien hoy en día no se discute la existencia de los mismos, en su momento se utilizaron diversos criterios para justificar esta calificación. Así, se apoyó la clasificación de los contratos administrativos con base en los criterios del sujeto, de la jurisdicción aplicable, de la forma del contrato, la calificación legislativa, o la prestación de un servicio público, lo cual implicaba la existencia de cláusulas exorbitantes. Si bien cada uno de estos criterios, vistos por sí solos, presentaban carencias para justificar la existencia de contratos propiamente administrativos, la doctrina argentina ha coincidido en que todo contrato administrativo debe ser celebrado por un órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa materialmente considerada, entendida esta como aquella actividad que busca modificar situaciones jurídicas, de manera pronta y permanente, en búsqueda de la materialización de los fines perseguidos por el Estado, los cuales se encuentran plasmados en la Constitución. De esta forma, no basta con que el sujeto sea un órgano del Estado, sino que el objeto del contrato será necesario para determinar su naturaleza administrativa. Una vez el contrato ha recibido la clasificación de administrativo, este traerá consigo la aplicación de un régimen exorbitante que obedece a la especial finalidad que persigue el contrato de la Administración. La aplicación de este régimen es implícita al contrato administrativo, y se diferencia de las cláusulas exorbitantes debido a que estas últimas dependen de la voluntad de las partes y son pactadas en aquellos contratos cuyo objeto se rige por el derecho privado (Cassagne, 1984).

61. Cuando un contrato recibe la calificación de administrativo, se derivan una serie de consecuencias que afectan a la etapa previa y de ejecución del contrato. De este modo, el derecho aplicable es primordialmente el público, que conlleva un régimen exorbitante que se traduce en una serie de prerrogativas a favor de la Administración, que encuentran su sustento en la especial finalidad que se persigue en este tipo de contratos. Al respecto, no hay libertad de forma para escoger al contratista o para celebrar el contrato; tampoco es posible hablar de una igualdad jurídica entre las partes, ya que la Administración puede imponer multas, modificar o interpretar unilateralmente el contrato, y existe la imposibilidad del contratista de justificar el incumplimiento de sus obligaciones bajo el argumento de que la Administración no ha cumplido con las suyas propias (Gordillo, 1967).

la exclusión parcial de los contratos que se rigen por el derecho privado y el art. 5 del referido decreto, que establece expresamente los contratos excluidos del RCAN.

En todo caso, aun cuando hay contratos celebrados por la Administración que se rigen por el derecho privado, la aplicación iusprivatista no es total, ya que la competencia de los órganos para celebrar el contrato, el procedimiento de selección del contratista, las formalidades de ley y los principios positivizados del derecho administrativo que rigen la función administrativa, deben seguirse por la Administración pública en la etapa previa a la celebración del contrato, de modo que los contratos privados de la Administración también se encuentran sometidos al RCAN. En este sentido, lo único que podría regirse por el derecho privado sería el objeto del contrato, en la etapa de ejecución, pero la etapa precontractual se encuentra reservada al ámbito de competencia del RCAN (Gordillo, 1967: 337-338).

A este respecto, sin importar si se trata de contratos administrativos propiamente dichos, o aquellos que se rigen por el derecho privado, el art. 24 del RCAN dispone como regla general para seleccionar al contratista el procedimiento de licitación pública, cuando lo que prima es el factor económico, o, por otra parte, el concurso público, cuando otros factores resultan más importantes que el valor del bien. En este sentido, el procedimiento de licitación o concurso público ha sido definido como el medio idóneo para ponderar los distintos intereses que confluyen en el proceso de selección, de modo que, por un lado, se satisface el interés público, al obtener la mejor oferta, producto de la concurrencia de distintos postores, y, por otro lado, el interés privado del contratista, al permitir su acceso en igualdad de condiciones bajo un procedimiento que se inició por medio de diversos actos sujetos a control, lo cual evita la arbitrariedad de la Administración.

4.2. Medios de control

4.2.1. Control judicial

El respeto a los derechos subjetivos de los individuos se encuentra reconocido en el art. 14 de la Constitución de la Nación. El mismo texto establece en su art. 18 que corresponde al poder judicial ejercer la tutela a favor de los administrados, cuando estos pretendan el ejercicio y el respeto a sus derechos.

En el mismo sentido, el art. 109 prohíbe que el poder ejecutivo, también entendido como la Administración por activa, tenga a cargo el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

De esta forma, el control de los actos de la Administración recae sobre el poder judicial, más específicamente dentro de los tribunales contencioso-administrativos; denominación que ha sido calificada de superficial, ya que las condiciones y atribuciones de los jueces de esta jurisdicción son las mismas a las que están sometidos los demás jueces que integran el poder judicial de la nación. Así, la organización de los juzgados prevé jueces federales de primera instancia y la Cámara Federal de la Capital, que conoce de las apelaciones (Cassagne, 2016), e, igualmente, el procedimiento aplicable a los procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa es el mismo que se aplica al fuero civil y comercial de la nación, lo que se debe a la falta de un código de procedimiento contencioso-administrativo a nivel nacional, de modo tal que la única diferencia entre los jueces ordinarios y los de los tribunales contencioso-administrativos viene dada por la competencia respecto de la materia.

En Argentina opera un sistema judicialista de jurisdicción única, en donde corresponde al poder judicial controlar todos los actos de la Administración⁶². De esta manera, en su seno, la jurisdicción contencioso-administrativa federal viene dada por dos factores: 1) subjetivo, cuando una de las partes del contrato forma parte de la Administración pública; 2) objetivo, cuando el derecho que rige la controversia es el administrativo⁶³. De igual modo, la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo establece como requisito para impugnar cualquier acto emitido por la Administración el agotamiento de la “habilitación de la instancia”, que es un requisito de procedibilidad para acudir a los tribunales contencioso-administrativos⁶⁴: requisito que puede satisfacerse por dos vías, dependiendo la elección de una u otra del objeto sobre el que recae el control, de modo que cuando se atacan omisiones y lo que se preten-

62. El efecto del control consiste en dejar sin efectos un acto administrativo, un contrato administrativo, o en imponer la cesación de un hecho administrativo (Hutchinson, 2010: 155).

63. De lo anterior se desprende que los contratos celebrados por la Administración, cuyo objeto se rige por el derecho privado, no sean competencia de esta jurisdicción, sino de la ordinaria, ya que se guiarán por el régimen civil o comercial (Cassagne, 2016).

64. Anteriormente, el agotamiento de la habilitación de instancia era visto como una prerrogativa a la cual tenía derecho la Administración, razón por la cual los jueces no podían declararla de oficio y tenía que ser la Administración, por vía de excepción, la que reclamara el agotamiento de esta instancia. Esta postura fue modificada por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María”, en donde el alto tribunal consideró que correspondía al juez examinar de oficio el agotamiento de la habilitación de instancia. Esta postura fue posteriormente positivizada en la Ley 25.344, que ha establecido el agotamiento de la vía administrativa como una condición de admisibilidad de la demanda ante el poder judicial (Cordeiro, 2021: 80-83).

de es una obligación de hacer por parte de la Administración, procede la vía reclamativa (por ejemplo, cuando el contratista requiere el reconocimiento de prestaciones contractuales —Cassagne, 2016—), mientras que, cuando lo que se ataca son actos de la Administración, procede la vía impugnativa, caso en el que procederán el reclamo impropio contra actos de carácter general y el recurso jerárquico contra actos de carácter individual.

El recurso jerárquico deberá interponerse dentro de los 15 días hábiles siguientes, contados a partir de la notificación del acto. Su interposición fuera de este plazo hará que el acto quede en firme, lo cual implicará que posteriormente no pueda ser refutado ante el poder judicial⁶⁵. Del mismo modo, la autoridad contra la que se dirija este recurso tendrá un plazo de 30 días para resolver, que, una vez transcurridos, habilitarán al administrado para que solicite el pronto despacho del recurso, el cual ampliará el plazo de la Administración para responder a la solicitud. Si dentro de este plazo de prórroga no es resuelta la solicitud, se entenderá que habrá operado el silencio administrativo negativo.

De este modo, cuando se ha producido el acto ficto o expreso que niega las pretensiones del administrado, este tendrá dos opciones: en primer lugar, recurrir la decisión con los recursos facultativos de reconsideración, revisión o alzada, siempre que reúna los requisitos establecidos por la ley para cada uno de ellos; en segundo lugar, recurrir directamente ante el poder judicial la decisión que niega sus pretensiones.

Una vez habilitada la instancia judicial, y al no haber acciones propias del procedimiento contencioso-administrativo, los actos de la Administración se demandan por medio de la acción ordinaria, lo cual permite solicitar la impugnación de actos de carácter general o particular, o exigir obligacio-

65. El principio de tutela judicial efectiva tiene su origen en el derecho español, pero ha sido incorporado al ordenamiento jurídico argentino por medio de la incorporación del tratado del Pacto de San José de Costa Rica, que en razón del inciso 22 del art. 75 de la Constitución de la Nación Argentina, goza de rango constitucional. En relación con los plazos perentorios para interponer los recursos que agotan la vía gubernativa, algún sector de la doctrina ha manifestado que estos son violatorios del principio de tutela judicial efectiva, ya que, una vez caducado el plazo, crean una presunción en menoscabo del administrado, al deducir que no es su intención atacar un acto que le es desfavorable. Asimismo, la interposición de estos recursos dilata de manera amplia el plazo que debe aguardar el administrado para obtener una decisión de fondo, ya que quien revisa el acto recurrido es juez y parte dentro del mismo, y muy difícilmente se obtiene una decisión que modifique de fondo la decisión de la Administración, razón por la cual es dable suponer que de cualquier forma el poder judicial terminará revisando el acto administrativo. A raíz de lo anterior, en aras de lograr una tutela judicial efectiva, un amplio sector de la doctrina aboga por que la vía administrativa no sea un requisito previo para impugnar los actos de la Administración ante los jueces de la nación, o, cuando menos, se tenga una visión menos restrictiva de los plazos para agotar esta vía (Cassagne, 2004: 20-25).

nes de hacer, de abstención o de conducta (Cassagne, 2016). Dentro de este marco, es común encontrar alusiones que equiparan la acción ordinaria con las acciones de plena jurisdicción o de nulidad, lo cual resulta erróneo, porque la normatividad argentina no reconoce tales recursos, y reconocer semejante homologación supondría la aplicación de los principios que rigen la plena jurisdicción y la nulidad de la acción ordinaria, hecho que repercute en la naturaleza del procedimiento y las facultades del juez en la sentencia⁶⁶.

4.2.2. Control externo e interno a la gestión contractual (control no judicial)

La clasificación del control se encuentra determinada por la ubicación del sujeto que realiza el control a la Administración: es externo cuando dicho sujeto se encuentra fuera de la Administración pública (Rabario y Kathrein, 2019: 73), y es interno cuando se encuentra en el seno de la misma.

4.2.2.1. Auditoría General de la Nación (control externo)

El control externo de la Administración corresponde al Congreso de la Nación⁶⁷, labor que desarrolla mediante la Auditoría General de la Nación (en adelante AGN), como órgano independiente encargado de brindar asistencia técnica al Congreso en su labor de control, mediante la expedición de informes de auditoría que recaen sobre aspectos financieros, de legalidad, economía, eficiencia y eficacia de la gestión. En este mecanismo, el control de la AGN recae en la comisión parlamentaria mixta revisora de cuentas, a la cual corresponde aprobar el plan de acción anual propuesto por la AGN⁶⁸. Este plan, entre otros aspectos, debe incluir la definición de auditorías especiales sobre actos y contratos de significación económica,

66. En el proceso de plena jurisdicción tanto la Administración como el administrado son parte, y corresponde a ambos impulsar el proceso, presentar pruebas y hechos controvertidos. En este sentido, las facultades para emitir sentencia del juez son bastante amplias, porque las partes han intervenido en el proceso y han ejercido su derecho de defensa. En cambio, en el proceso de nulidad la Administración no es parte, lo que conlleva que el juez impulse de oficio el proceso; asimismo, al no haber suficiente contradicción dentro del proceso, las facultades del juez son bastante limitadas, y se reducen a declarar la adecuación a legalidad del acto, quedando excluida de su competencia la facultad de indemnizar perjuicios (Gordillo, 1967).

67. Art. 85 de la Constitución de la Nación Argentina.

68. Literal A del art. 125 y literal A del art. 129 de la Ley 24156 de 1993.

ya sea por indicación de la propia AGN o de las cámaras del congreso o la comisión revisora de cuentas⁶⁹.

En tal sentido, el actuar de la AGN se sustenta en la cuenta de inversión, que es la rendición de cuentas elevada por la Administración pública ante el Congreso, una vez ha finalizado el ciclo presupuestario. Con base en los informes de Auditoría, que son de obligatoria observancia para el Congreso, este deberá aprobar o rechazar la cuenta de inversión. En caso de aprobación, las cuentas no podrán volver a ser revisadas, salvo por el poder judicial, respecto de actos específicos en los cuales los informes de auditoría observen la comisión de delitos. En caso de rechazo, esta será la base para iniciar un juicio político en contra del presidente (Lamberto, 2017).

4.2.2.2. *Sindicatura General de la Nación (control interno)*

La Sindicatura General de la Nación es un órgano dependiente del poder ejecutivo y es el ente rector del control interno realizado a todas las entidades y jurisdicciones que comprenden el sector público nacional. Este organismo tiene una facultad normativa tendente a regular y coordinar la aplicación de los procesos de auditoría realizados por las unidades de auditoría interna, que se encuentran en el seno de cada entidad del poder ejecutivo; estos procesos recaen sobre aspectos normativos, económicos y de gestión, y por medio de su elaboración se busca lograr el empleo adecuado de los recursos públicos, de manera que se logre un impacto positivo en la consecución de las finalidades que persigue la Administración⁷⁰.

En relación con los procesos de compras públicas, la actuación de la SIGEN abarca toda la etapa precontractual, que inicia con el requerimiento del organismo y su respectiva previsión presupuestaria, y finaliza con el acto de adjudicación de los oferentes o el que declara desierto el proceso de selección. En este sentido, el actuar de esta institución aboga por el respeto de los principios contenidos en el RCAN, destinados a garantizar la libre concurrencia, publicidad, eficiencia y transparencia durante el proceso de selección. Al respecto, cabe precisar que el carácter de este control es eminentemente posterior⁷¹ y preventivo, dado que la producción de informes

69. Art. 116 de la Ley 24156 de 1993.

70. Plan 2010 de la Sindicatura General de la Nación. Disponible en: http://www.infoleg.gov.ar/basehome/actos_gobierno/actosdegobierno22-2-2010-1.htm.

71. Antes de la expedición de la Ley de Administración Financiera, el control a la Administración tenía un carácter previo o concomitante, y era ejercido por el Tribunal de Cuentas de la Nación. Este órgano tenía la facultad de revisar los actos administrativos que estaban vincula-

sirve de base para que la máxima autoridad del sujeto estatal adecue las actuaciones del ente dentro del marco de la legalidad y la eficiencia (Agustini, 2000), razón por la cual, además de una mera actuación de asesoramiento y de advertencia sobre posibles irregularidades⁷², la SIGEN no posee otras facultades que impliquen mayor intervención en los procesos contractuales (Vique, 2016: 687-689).

4.2.3. Oficina Nacional Anticorrupción

Esta oficina es presidida por un fiscal de control administrativo de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente⁷³. Corresponde a esta oficina crear políticas para promover y fortalecer la ética pública⁷⁴, y tiene potestad para investigar y prevenir⁷⁵ conductas de corrupción en el seno de toda la Administración pública; con base en los resultados, puede promover acciones judiciales en las que podrá hacer de parte querellante⁷⁶, teniendo facultades para solicitar medios de prueba, acceder al expediente y recurrir las decisiones.

dos a la gestión financiera del Estado, de modo que podía decidir la suspensión de sus efectos, sin que sus decisiones fueran vinculantes para la Administración. A consecuencia de ello, la actuación de este tribunal fue seriamente criticada, al considerar que implicaba cogobierno y afectaba seriamente al funcionamiento de la Administración, razón por la cual se adoptó un modelo de control posterior a la gestión pública, que tuviera como criterios guía la economía y la eficiencia de la Administración (Vique, 2016: 684-685).

72. La razón por la cual existen dos órganos en el seno del Estado argentino que se encargan de realizar auditorías consiste en la necesidad de brindar al poder ejecutivo la posibilidad de que advierta las irregularidades que se presentan en su gestión y, por ende, las adecue al marco de legalidad, ante el posterior control externo que se realiza por medio de la AGN.

73. Esto ha generado fuertes críticas, porque el controlado decide quién lo controla, lo cual, a su vez, también ha generado que sea investigada la gestión de Gobiernos anteriores, diferentes de los de turno (Albertsen, 2004: 233-234).

74. El inciso H del art. 2 de la Ley 25188, de la ética en el ejercicio de la función pública, establece pautas de comportamiento para los servidores públicos que intervienen en procesos de contratación estatal.

75. El contrato administrativo es un acto bilateral, motivo por el cual debe cumplir con los requisitos esenciales de todo acto, establecidos en los arts. 7 y 8 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. En este sentido, los contratos administrativos también están sujetos al régimen de invalidez de esta norma, que establece que los actos administrativos que no cumplen con los requisitos esenciales devienen nulos o anulables. La diferencia entre uno u otro radica en que los primeros no son subsanables y los segundos sí. En este sentido, con base en el art. 15 de la citada ley, los actos administrativos que son consecuencia de hechos de corrupción son nulos porque tienen objeto y finalidad ilícita; lo cual permite que puedan ser revocados vía administrativa, sin necesidad de acudir a instancias judiciales, según lo establecido en el art. 10 del Decreto 1023 de 2001 y el art. 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Laurenzano, 2019).

76. Art. 1 del Decreto 102 de 1999.

4.2.4. Entes administrativos con poderes “jurisdiccionales”

En el marco de la presente investigación se había llamado la atención sobre que, si bien en Argentina no hay tribunales especializados en materia de contratación, sí se había presentado una interesante evolución de la clásica prohibición de que la rama ejecutiva pudiera ejercer función jurisdiccional hacia nuevas aperturas a esta temática. Por lo anterior, vale la pena en este espacio retomar esa evolución, que sentará sólidas bases para abrir la discusión sobre la viabilidad normativa de los tribunales especializados de contratación en Argentina.

El debate sobre las potestades jurisdiccionales de la Administración ha sido fruto de la evolución de los órganos reguladores —agencias— de los servicios públicos y de algunos litigios de estos, que han sido el fundamento para plantear el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, y, por contera, pensar a futuro en la idea de un tribunal especializado en contratación.

Es importante precisar brevemente que, antes de la década de los 80, la prestación de servicios públicos en Argentina era ejecutada directamente por el Estado. Esta etapa se caracterizó por la insuficiencia de la actuación de los entes estatales, que condujo a una inadecuada prestación del servicio, y a grandes déficits presupuestarios en la actividad estatal. Como consecuencia, se gestaron una serie de reformas tendentes a liberalizar la economía, de modo que la prestación de los servicios públicos se empezará a regir por las leyes del mercado y la prestación directa de los mismos la realizarán los particulares.

Dentro de este paradigma, el Estado asume un nuevo rol, porque si bien no presta directamente los servicios, sigue siendo el titular de los mismos y corresponde a él garantizar su correcta prestación, de modo que la actividad de control por parte de la Administración supone la nueva forma de lograr esta finalidad. En este sentido, dentro del marco de las liberalizaciones, los entes reguladores adquieren relevancia en la nueva función del Estado, de modo tal que cada una de las leyes reguladoras de los servicios públicos estableció dentro de sí la creación de un nuevo ente regulador.

La función de estos entes se traduce en la potestad de reglamentar las leyes que regulan cada servicio público, así como el control sobre los sujetos a los cuales se ha cedido la ejecución del servicio, mediante la fiscalización y constatación de las obligaciones establecidas⁷⁷, así como la preponderancia

77. Esta función de control también se puede exteriorizar mediante la interposición de penalidades, aplicadas por la propia Administración y cuyo sustento se halla en la ley o el contrato.

y el dominio, permitiendo imponer obligaciones de dar o hacer (Cassagne, 2016). Adicionalmente, el marco legal otorga a estos órganos el conocimiento previo y obligatorio de controversias entre los concesionarios y los usuarios, lo cual ha sido catalogado por la normatividad como el ejercicio de funciones jurisdiccionales⁷⁸.

Sobre el particular, vale decir que los entes de control y sus denominadas funciones jurisdiccionales obedecen a la extrapolación al ordenamiento argentino de la institución jurídica de las agencias, presentes en Estados Unidos. Si bien estas instituciones obedecen a un desarrollo propio del derecho estadounidense y se han adecuando a ese ordenamiento jurídico, su extrapolación, así, sin mayores modificaciones, género debates acerca de su adecuación al derecho argentino; especialmente en lo referente a la facultad que tendría la Administración pública para ejercer funciones jurisdiccionales.

En efecto, la doctrina, y especialmente la jurisprudencia argentina, se han encargado de adecuar este modelo de control al sistema constitucional argentino, lo que ha permitido no solo determinar la verdadera naturaleza de los entes de control, sino también la potestad que tendrían tribunales administrativos para ejercer funciones jurisdiccionales.

En primer lugar, es determinante para examinar la cuestión el modelo judicialista de control a la Administración que se ha instaurado en Argentina, que tiene su punto de partida en el art. 14 de la Constitución de la Nación, que consagra el reconocimiento y el respeto de los derechos subjetivos de los habitantes de Argentina. El mismo texto establece, en su art. 18, que corresponde al poder judicial ejercer la tutela a favor de los ciudadanos, cuando estos pretendan el ejercicio y el respeto de sus derechos. Este precepto,

78. A modo de ejemplo, art. 66 de la Ley 24076 de 1992, que regula el transporte y la distribución del gas natural: "Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal o, a opción del interesado, ante la Cámara Federal de Apelaciones del lugar donde se preste el servicio sobre el que versare la controversia".

Art. 72 de la Ley 24065 de 1991, que establece el régimen de la energía eléctrica: "Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

examinado conjuntamente con el art. 109 constitucional, que proscribe el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del Presidente de la Nación, trae como resultado que el control a la Administración pública únicamente pueda ser llevado a cabo por el poder judicial.

Sin embargo, cuando se atribuye potestad a los entes reguladores para resolver las controversias que surjan entre los sujetos amparados por la ley que regula el respectivo servicio público, y se otorga a tal decisión la denominación de sentencia de primera instancia, con sus respectivas consecuencias, puede ocurrir que no se dejen otras vías expeditas para acudir ante el poder judicial, o que, permitiéndolas, el control judicial sea insuficiente; en consecuencia, es dable concluir que la actividad de la Administración se manifiesta como el ejercicio de verdaderas funciones jurisdiccionales.

Bajo este planteamiento general, la Corte Suprema de la Nación, mediante el fallo *Fernández Arias vs. Poggio*, analizó la adecuación constitucional de los órganos de índole administrativa dotados de capacidad para aplicar el derecho y resolver conflictos de forma definitiva entre particulares. Sobre ello, la Corte afirmó que el constituyente no pudo prever las complejas dinámicas dentro de las que se iba a desenvolver la Administración; por lo tanto, bajo una interpretación dinámica de la Constitución, la proscripción que impide el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del presidente de la Nación debe ser acotada con base en las nuevas necesidades sociales, que implican la atribución de amplias competencias a órganos del poder ejecutivo del Estado, sin las cuales no sería posible garantizar el orden público (Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *Fernández Arias vs. Poggio*, 1960: considerando 5).

En tal marco, si bien es válida la existencia de estos organismos, sus potestades no son absolutas, ya que se encuentran sometidos a limitaciones de jerarquía constitucional (CSJN. *Fernández Arias vs. Poggio*, 1960: considerando 12), lo cual deriva en el respeto del art. 18 de la ley fundamental, que consagra el derecho que tienen los ciudadanos a acudir ante tribunales judiciales. De esta manera, se satisface el precepto constitucional y la constitucionalidad de estos organismos, cuando se habilita al poder judicial a efectuar un “control amplio y suficiente”, que consiste en otorgar a los ciudadanos los recursos para acudir ante los jueces ordinarios, permitiendo que estos últimos realicen un control sobre los hechos y el derecho aplicados al caso (CSJN. *Fernández Arias vs. Poggio*, 1960: considerandos 13, 14, 17 y 20), que se traduce en la potestad de modificarlos en la decisión final⁷⁹.

79. Este fallo supuso un cambio de paradigma si se compara con posturas anteriores adoptadas por la Corte Suprema, de modo que con anterioridad, en el “fallo Adolfo Parry”, se aceptó

En un segundo momento, mediante la sentencia *Litoral Gas S.A. vs. Energas*, la Corte fijó nuevos criterios para conciliar la actuación de estos organismos con la Constitución. De esta manera, al evaluar una decisión del Ente Regulador del Gas, que se pronunciaba sobre los derechos de dominio que tenían los sujetos amparados por dicha ley, se afirmó que no es facultad de este órgano conocer todas las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados. A este respecto, la atribución de potestades de resolución de controversias a los entes reguladores debe ser interpretada con un carácter restrictivo, lo que obedece a que la Corte negó el carácter de tribunal administrativo al ENRE, dado que no se satisfacen las garantías formales de independencia y neutralidad⁸⁰, en virtud de la forma en que se nombran y la designación de sus directores (CSJN. *Litoral Gas S.A. vs. Energas*, 1994: considerando 6), que no son elegidos por concurso y son de libre remoción.

En este sentido, el concepto de tribunal administrativo no se encuentra definido en la ley, pero podría decirse que es aquel que cuenta con cierto grado de independencia frente a la Administración central y ejerce exclusivamente funciones similares a las que realizaría un tribunal judicial, de manera que se excluya el ejercicio de otras funciones estatales, relacionadas con la administración activa (Aguilar Valdez, 2004: 22-23). En línea con esta definición, las funciones de decisión y aplicación del derecho de los entes de control se mezclan con algunas funciones de la Administración por activa, lo cual deriva en su falta de parcialidad; esto a su vez impide que estos tribunales tengan una atribución de competencia amplia, o general, ya que su actuación supone una sustracción del ámbito de competencia del juez, que encuentra sustento precisamente en la especialidad del ente, de modo que el carácter de interpretación restrictiva únicamente permita que su potestad recaiga en aquellos asuntos de carácter técnico y especializado y no en los de derecho común.

el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración, sin control judicial posterior, siempre que a lo largo del proceso se hayan respetado los derechos y garantías constitucionales. En similar sentido, al analizar el "caso López de Reyes vs. Instituto de Previsión Social", la Corte entendió que no era inconstitucional que la revisión judicial posterior a la decisión jurisdiccional de la Administración únicamente cobijara su adecuación legal, excluyendo la revisión de los hechos (Bianchi, 2005: 62).

80. Si bien durante alguna época se aplicó la teoría de la subsanación por parte de la Corte Suprema, a aquellos procesos administrativos en los que se hubieran negado las garantías del debido proceso, manifestando que esto no era causa de nulidad, ya que en la posterior revisión judicial sí se observan estos principios y por lo tanto se encontraba subsanada la nulidad, lo cierto es que posteriormente la jurisprudencia de la Corte fue unánime al establecer que aun cuando se tratara de instancias administrativas, y con posterioridad se realizara una revisión judicial de la misma, en esas etapas administrativas debían respetarse los principios del debido proceso y el derecho a la defensa, y del tribunal independiente. En este sentido, la negación de la teoría de la subsanación haría suponer que la actuación iniciada por los tribunales administrativos también debe respetar las garantías del debido proceso, o, en otras palabras, el proceso contradictorio (Bosch, 1996).

El fallo de Litoral Gas es el antecedente directo, citado en el fallo Ángel Estrada, en el que la Corte Suprema fija los parámetros definitivos que debe reunir un órgano ubicado en el seno de la Administración para ejercer funciones materialmente jurisdiccionales, sin que en estricto rigor pueda recibir la clasificación de jurisdiccional, porque no tiene vocación de hacer tránsitos a cosa juzgada.

A tal efecto, los criterios establecidos por la Corte Suprema fueron los siguientes:

1. Creación legal del tribunal: debe ser la ley, y no la Administración, la que ordene la creación del tribunal⁸¹.
2. La independencia e imparcialidad de estos organismos administrativos se debe encontrar garantizada. Al respecto, la Corte de la Nación establece como criterios de independencia el nombramiento por medio de concurso, la estabilidad en el cargo y requisitos especiales de sus miembros, que garanticen la pericia respecto a la materia que compete al tribunal.
3. El objetivo político que perseguía el legislador al crear estos órganos no puede obedecer a motivos caprichosos, sino que, por el contrario, debe recaer sobre finalidades legítimas, que garanticen la función pública.
4. Las decisiones de estos órganos deben estar sujetas a control judicial, lo cual significa que no hacen tránsito a cosa juzgada, sino que serán los tribunales judiciales los que decidan en última instancia, teniendo facultad para realizar un control amplio y suficiente.
5. Únicamente podrán someter a su decisión asuntos que requieran de un carácter técnico y especializado, de manera que se excluye de su potestad cualquier cuestión que se relacione con el derecho común.

81. En Argentina ha sido constante la discusión doctrinaria acerca de si corresponde al Congreso o al Ejecutivo la creación de entidades autárquicas. Si bien hay interpretaciones que abogan por cada una de estas posturas, o incluso algunas conciliatorias que otorgan esta facultad a ambos poderes, lo cierto es que no existe claridad doctrinaria sobre el tema. A este respecto, la adopción de una u otra postura tiene consecuencias prácticas relevantes, de modo tal que, si el ente es creado por ley, la Administración central únicamente podrá realizar un control de legalidad, excluyendo el control de oportunidad, mérito y conveniencia, y, asimismo, excluyendo la posibilidad de avocación y del recurso de alzada. Por otro lado, reconocer que el Ejecutivo tiene la facultad de crear estos organismos desvirtúa en ellos la atribución de creación mediante facultades exclusivas del Congreso, lo cual desemboca en la afirmación de que aun los creados por ley pueden ser objeto de control en cuanto a oportunidad, mérito y conveniencia, siendo susceptibles de avocación y recurso de alzada. Sobre el particular, si bien la legislación no es uniforme y permite el recurso de alzada contra las decisiones de algunos entes, y en otros casos las proscribire, lo cierto es que el otorgamiento de facultades exclusivas al Congreso, implantadas en el caso Ángel Estrada, para la creación de estos organismos, limitaría el control del Ejecutivo a los entes sobre meros aspectos de legalidad (Aguilar Valdez, 2004: 13-19).

Lo hasta aquí expuesto son los parámetros que se deducen para la adecuación constitucional de un órgano ubicado en el seno de la Administración que desarrolla, según la denominación dada por el legislador argentino, el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

4.3. Conclusiones

1. El Régimen de Contrataciones Administrativas Nacionales es de obligado cumplimiento por parte de la Administración Nacional, los organismos descentralizados y las empresas y sociedades del Estado. En este sentido, debido al modelo federal argentino, cada provincia tiene potestad para dictar su propio régimen de contrataciones.
2. La actuación de la Administración a lo largo de todo el ciclo contractual se encuentra sujeta al control interno, ejercido por parte de la Administración, y el control externo, adjudicado al Congreso de la Nación y a los tribunales judiciales.
3. Todos los actos emitidos a lo largo de la gestión contractual, así como el contrato, tienen naturaleza de acto administrativo. Lo anterior faculta a los ciudadanos, o a los contratistas, para impugnar los actos de la gestión contractual ante los tribunales judiciales.
4. En este sentido, todos los actos, hechos u omisiones de la Administración son susceptibles de ser impugnados por medio de la acción ordinaria civil, que a través de la técnica de la analogía, al no tener un catálogo expreso de pretensiones, faculta al administrado para impugnar actos de carácter general o particular, o exigir a la Administración pública obligaciones de hacer, de abstención o de conducta.
5. La vía administrativa se satisface por medio la vía reclamativa o el recurso jerárquico, dependiendo de la naturaleza del objeto atacado. Una vez agotada esta instancia, a través de la acción ordinaria civil, se faculta al demandante para impugnar actos de carácter general o particular, o exigir a la Administración pública obligaciones de hacer, de abstención o de conducta.
6. De acuerdo con el art. 109 de la Constitución, la potestad jurisdiccional recae de forma exclusiva en el poder judicial de la nación. En consecuencia, la actividad de tribunales administrativos, que se ubiquen en el seno del poder ejecutivo, no podrá enmarcarse en el ejercicio de funciones netamente jurisdiccionales, ya que sus decisiones se encuentran sujetas a un control amplio y suficiente, lo cual desdibuja el carácter definitivo de las mismas.

5. Colombia

5.1. Aspectos generales

El 28 de octubre de 1993 fue promulgada la Ley 80, por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contrataciones de la Administración Pública, norma que establece en gran medida⁸² las reglas y los principios que rigen la contratación de las entidades estatales en Colombia. Su ámbito de aplicación viene dado por el art. 1, que establece un criterio orgánico en razón del cual todos los contratos celebrados por las entidades reciben el carácter de contrato estatal⁸³. Sin perjuicio de lo anterior, algunas entidades se encuentran excluidas de la aplicación del régimen general; ejemplo de ello son las empresas industriales y comerciales del Estado, que para ser competitivas en el desarrollo de su actividad tienen que sujetarse a las normas del derecho civil (las empresas prestadoras de servicios públicos, entre otras —Corte Constitucional de Colombia, 2001—). En todo caso, las entidades exceptuadas no son ajenas a la aplicación de las reglas y los principios de la función fiscal y la función administrativa, según establece el art. 13 de la Ley 1150 de 2007.

En línea con lo expuesto, el art. 13 de la Ley 80 establece lo siguiente: “Los contratos que celebren las Entidades a que se refiere el art. 2º. del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. El anterior precepto puede recibir dos interpretaciones: en primer lugar, es dable entender que el régimen general de los contratos estatales es el civil, o, por otro lado, estimar que las disposiciones contenidas en la Ley 80 son de aplicación primaria, y la legislación civil y la comercial se emplean subsidiariamente en los casos de vacío legal.

A este respecto debe entenderse que la regla general viene dada por el régimen público contenido en la Ley 80, y que las disposiciones civiles y comerciales son de aplicación subsidiaria. De ello se deriva que, a diferencia

82. El análisis del numeral 25 del art. 150 por parte de la Corte Constitucional determinó que el constituyente otorgó competencia al legislador para “expedir el Estatuto General de la Administración Pública”, lo cual no implicaba la expedición de un estatuto único de contrataciones general, porque en ese caso la Constitución habría manifestado que “se creará un estatuto único de contrataciones del Estado” (Sentencia de Constitucionalidad 949, de 5 de septiembre de 2001; magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández).

83. El concepto de contrato estatal parte del acuerdo de voluntades entre las partes; mal podría decirse que es un acto administrativo en el estricto sentido de la palabra, porque esta última noción parte de la unilateralidad a través de la cual la Administración impone su voluntad ante un tercero. Por lo tanto, es importante restringir la clasificación del contrato estatal a una especie de acto administrativo en donde el surgimiento de obligación no es impuesto, sino que surge de la voluntad que tiene el contratista de adherirse a las obligaciones que surgen del contrato (Benavides, 2004: 70-71).

de lo que sucede en el régimen civil, no existe libertad de forma para probar la unión de voluntades, ya que el contrato necesariamente debe constar por escrito, así como la observancia de algunas formalidades impuestas por la ley, lo cual implica que la omisión de uno de estos requisitos devenga en la inexistencia del contrato (Expósito Vélez, 2020).

En este sentido, cuando el Estado contrata, en la búsqueda de la materialización de sus fines, no tiene libertad para escoger a su contraparte contractual, sino que, por el contrario, se encuentra bastante limitado por una serie de procedimientos eminentemente reglados, que son de obligatoria observancia en el momento de iniciar el proceso de selección del contratista. A este respecto, el régimen jurídico actual que rige los procesos de selección de contratista se encuentra contenido en la Ley 1150 de 2007, de modo que, por regla general, procederá la licitación pública⁸⁴, y para los otros supuestos determinados por la ley procederá el concurso de méritos⁸⁵, la selección abreviada⁸⁶, la mínima cuantía⁸⁷ o la contratación directa⁸⁸.

84. Una vez se ha agotado el procedimiento en sus fases de publicidad, reglas de participación y decisión de adjudicación, la entidad estatal debe escoger la oferta que le resulte más favorable. En este sentido, la ley define la licitación pública como “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula una convocatoria pública para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable” (Matallana Camacho, 2019).

85. Esta modalidad está prevista para la selección de consultores o interventores, en asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, gerencia de obra y/o proyectos, así como también los estudios para la ejecución de proyectos de inversión, diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Gobierno de Colombia, 2018).

86. Esta modalidad de selección se subdivide en tres modalidades: (I) Contratación de menor cuantía: procede para la adquisición de bienes o servicios, cuyo valor esté por encima del 10 % de la mínima cuantía y hasta el máximo límite de la menor cuantía. (II) Subasta inversa: procede para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes o de común utilización, es decir, que contienen las mismas especificaciones técnicas, por lo que todos los proponentes ofrecen el producto con las mismas características, y la puja se realiza disminuyendo el precio inicial en un porcentaje previamente establecido en el pliego de condiciones. (III) Acuerdo marco de precios: es la contratación realizada por medio de Colombia Compra Eficiente, con diferentes proponentes que han participado previamente, en la licitación pública impulsada por la misma, para la adquisición de bienes y servicios; las entidades se encontrarán sujetas a este convenio, lo que hace más ágil la contratación, toda vez que ya no es necesario iniciar el proceso licitatorio (*ibidem*).

87. Bajo esta modalidad se encuentran: (I) procesos de mínima cuantía, que es un procedimiento con plazos cortos para escoger al contratista, siempre que el valor de la adquisición de los bienes, obras y/o servicios no exceda el 10 % de la menor cuantía de la entidad estatal; (II) compras en grandes superficies, a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, siempre que la compra no exceda el 10 % de la menor cuantía de la entidad estatal (*ibidem*).

88. “Es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal contrata directamente con una persona natural o jurídica, la prestación de servicios profesionales, la prestación de servicios de apoyo a la gestión o la adquisición de un bien o servicio, que tenga un proveedor exclusivo o por ser titular de los derechos del mismo. Esta modalidad contractual también procederá en

5.2. Medios de control de la contratación estatal

5.2.1. Control judicial

El acto administrativo es la expresión de la voluntad estatal, y tiene como premisa esencial su sujeción al orden jurídico, lo cual deviene en su presunción de legalidad; presunción que encuentra contrapeso en el control que puede realizar el poder judicial⁸⁹. A tal efecto, el ciclo contractual no es la excepción, y los actos administrativos y el contrato⁹⁰ se encuentran sujetos a control por parte del juez contencioso-administrativo. A este respecto, en Colombia, para determinar la naturaleza del contrato y el juez competente, se utiliza, en principio y salvo excepciones, un criterio orgánico, razón por la cual la presencia de una entidad del Estado como parte contractual permite avizorar la existencia de un contrato público⁹¹; y, *prima facie*, la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

En este sentido, los medios de control (acciones) varían de acuerdo con la fase contractual, por lo que la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado han distinguido entre actos separables y aquellos expedidos con ocasión de la actividad contractual. La diferencia entre ambos radica en que los primeros se profieren en la etapa precontractual, y gozan de separabilidad frente al contrato⁹², y los segundos se dictan dentro de la operación contractual, es decir, desde el perfeccionamiento del contrato y hasta la liquidación del mismo (Santos Ibarra, 2013: 134-136). La principal consecuencia de esta diferenciación radica en la acción procedente para impugnar cada uno de los actos administrativos que se profieren en una u otra etapa; así, se emplea

caso de urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos y convenios interadministrativos. Esta modalidad de selección es independiente de la cuantía del contrato a suscribir" (*ibidem*).

89. De los arts. 236 a 238 de la Constitución Política de Colombia, se infiere que el juez competente para conocer de los actos administrativos es el de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

90. el art. 75 de la Ley 80 de 1993 determinó como juez natural del contrato al de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

91. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera, Subsección A—. Radicación número: 47001-23-31-000-2007-00415-01(41277). 23 de octubre de 2020. Consejero ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez.

92. Después de celebrado el contrato, algunos participantes acudían a la jurisdicción contencioso-administrativa solicitando la nulidad de los actos emitidos en la etapa precontractual, pero hubo múltiples casos en los que fue rechazada la demanda por no haber incluido dentro de las pretensiones la declaratoria de nulidad del contrato. El anterior criterio fue modificado cuando se aplicó la teoría de la separación de los actos por parte del Consejo de Estado. En este sentido, los actos precontractuales no tienen relación con el contrato estatal, y por dicho motivo, al demandarse estos actos, no es necesario solicitar la nulidad del contrato (Matallana Camacho, 2019).

la acción de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho en la etapa precontractual, y la acción de controversias contractuales en la etapa de ejecución del contrato.

En términos generales, la acción (medio de control) de nulidad simple aboga por un control objetivo, de mera legalidad, respecto de los actos emitidos por la Administración. Esta acción puede ser presentada por cualquier ciudadano contra actos de carácter general o de carácter individual, siempre que la decisión no traiga consigo el restablecimiento de un derecho subjetivo a favor del demandante⁹³. Por lo tanto, esta acción puede ser presentada por cualquier ciudadano, contra los actos proferidos a lo largo del ciclo contractual. A su vez, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho procede contra actos de carácter general o individual, siempre que el accionante logre acreditar que el acto atacado ha afectado un derecho subjetivo, del cual es titular y que se encuentra legalmente reconocido. Con esta acción no solo se busca la declaratoria de nulidad del acto, sino también el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios.

Por otro lado, las acciones (medios de control) cambian⁹⁴ una vez se ha celebrado el contrato estatal, y el mecanismo procesal idóneo para solucionar las controversias que deriven del negocio jurídico estatal será la acción

93. Art. 137 de la Ley 1437 de 2011. Este artículo es el resultado de una discusión jurídica que se presentó en la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la procedibilidad de la acción de nulidad simple contra actos administrativos de carácter individual. En este sentido, en una primera etapa, la jurisprudencia fue constante en sostener que el criterio de procedibilidad no venía determinado por la naturaleza del acto demandado, sino por las finalidades que se perseguían con cada acción; por lo tanto, si se buscaba el mero control de legalidad de un acto administrativo, procedía la acción de nulidad, aun cuando el mismo fuese un acto de carácter individual. Esta postura fue modificada con posterioridad, por el propio Consejo de Estado, bajo el supuesto de que únicamente se podría invocar una acción de nulidad simple contra un acto administrativo de carácter individual cuando este afectase gravemente el orden público. No obstante, esta posición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, bajo el argumento de que limitaba gravemente el acceso a la justicia. En razón de esto, el Tribunal Constitucional determinó que esta acción, de nulidad simple, procedía contra actos de contenido individual, siempre que no se buscara el restablecimiento de un derecho por parte del accionante. Este criterio, explicado con anterioridad, fue el acogido por la Ley 1437 de 2011, en su art. 137 (Navarro y Madrigal, 2010: 5-11).

94. En el sistema de derecho público francés, la pretensión de plena jurisdicción tiene un carácter general respecto a la reparación de perjuicios; en cambio, en Colombia, con la expedición del Decreto 01 de 1984, se crearon varias acciones indemnizatorias, y cada cual responde al carácter de la pretensión. De este modo, surgieron las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, con la finalidad de reparar daños que tienen como causa la ilegalidad del acto administrativo, así como la acción de reclamación directa, que pretende la reparación de un daño antijurídico causado por la acción u omisión de los agentes del Estado, y la acción de controversias contractuales, cuya finalidad es atacar los actos derivados del contrato que hayan generado perjuicios (Matallana Camacho, 2019).

(medio de control) de controversias contractuales⁹⁵. De esta manera, dicha acción es la idónea para impugnar las actuaciones proferidas durante la ejecución y liquidación del contrato⁹⁶. El plazo para su interposición es de dos años, y es necesario agotar la conciliación, como requisito previo de procedibilidad para su interposición.

Por último, debe destacarse que con fundamento en la acción popular (medio de control para la defensa de los derechos colectivos), como acción colectiva regulada por la Ley 472 de 1998, es posible que cualquier ciudadano en representación de la colectividad formule demanda para la protección de los derechos a la moralidad administrativa, patrimonio público, medio ambiente, entre otros, que puedan verse afectados con ocasión del contrato estatal; teniendo como límite el juez popular el hecho de que no puede pronunciarse sobre la validez del contrato, pero sí adoptar medidas preventivas y decisiones para la salvaguarda del derecho colectivo.

5.2.2. Arbitraje

El arbitraje es una figura que cuenta con amparo constitucional, por medio de la cual personas plenamente capaces sustraen de la justicia ordinaria el conocimiento de una materia susceptible de transacción para que particulares, revestidos de funciones jurisdiccionales, den solución pronta a una controversia (Bejarano Guzmán, 2017). En este sentido, entre las varias clasificaciones que existen sobre el arbitraje, se encuentra aquella que obedece a la calidad de las partes que intervienen en el proceso arbitral, de modo que, cuando una entidad del Estado es parte, el arbitraje recibe la denominación de arbitraje estatal. Esta clasificación no solo tiene efectos semánticos, sino también jurídicos, ya que el arbitraje en el cual es parte una entidad del Estado solamente podrá ser decidido en derecho y bajo las reglas procesales establecidas en la ley (León Gil, 2018: 30-34). De esta manera, la ley ha facultado al Estado para que someta sus controversias contractuales a arbitraje, estando sujeto a las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales el mismo no puede ser permanente, y solo procede en asuntos de carácter transigible.

95. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Radicado n.º 76001-23-31-000-2012-00171-01. Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales.

96. Mediante la acción de controversias contractuales, cuando se pretende la declaratoria de ilegalidad de un acto previo a la celebración del contrato, esta petición debe ir fundamentada no solo en la ilegalidad del acto precontractual, sino también en la nulidad absoluta del contrato; es decir, la primera será accesoria de la segunda (Cúechá Medina, 2008).

Sobre el carácter transigible de los actos administrativos, es dable suponer que el Estado, en el ejercicio de sus funciones, se ha sujetado al marco legal. La obligación de respeto hacia la ley por parte de la Administración pública se traduce en la presunción de legalidad de los actos emanados por ella; presunción que en principio solo puede ser desvirtuada por la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que la Constitución ha asignado el control de la actividad de la Administración. De esta manera, otorgar de manera general el estudio de legalidad de los actos administrativos a los árbitros en Colombia no ha sido una tarea fácil, y existen opiniones diversas en la jurisprudencia y en la doctrina⁹⁷.

A modo de ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que los árbitros no son competentes para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Administración hace uso de facultades exorbitantes a lo largo de la ejecución del contrato. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma de estas facultades, que tienen como finalidad la satisfacción del orden público⁹⁸.

En sentido opuesto, el Consejo de Estado ha permitido que los tribunales arbitrales declaren la ilegalidad de los actos administrativos que imponen multas a contratistas, bajo el entendido de que estos actos son transigibles porque su expedición no constituye el uso de una facultad excepcional del Estado, y por lo tanto no se tiene como finalidad la satisfacción del interés general. Es decir, para el Consejo de Estado solamente estará proscrito el sometimiento a arbitraje de aquellos actos en los cuales la Administración haga uso de facultades exorbitantes, porque en ellos está en juego el interés público.

Finalmente, dejando de lado la discusión anterior, es importante dejar por sentado que el arbitraje estatal es ampliamente difundido en Colombia en asuntos donde la controversia contractual gira en torno a las vicisitudes en la ejecución del contrato estatal.

97. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad 1436 de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

98. En esta misma decisión la Corte Constitucional autorizó a los árbitros para pronunciarse sobre los efectos económicos que tuvieran como causa directa el ejercicio de facultades excepcionales, haciendo énfasis en que la legalidad de estas decisiones solo es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad 1436 de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra).

5.3. Control por órganos autónomos e independientes

En Colombia, los órganos autónomos e independientes tienen origen constitucional y no se encuentran circunscritos a ninguna de las tres ramas del poder público, lo cual permite que cuenten con un alto grado de autonomía en el ejercicio de sus funciones, al no encontrarse sujetos a las orientaciones de ninguno de los poderes del Estado, en especial, del ejecutivo, justamente sobre el que ejercen su actividad de limitación por excelencia. En este sentido, pueden ser considerados como autoridades administrativas verdaderamente independientes, aspecto que se refuerza en su designación —en la cual participa el Congreso de la República— y la selección de los candidatos provenientes de diferentes autoridades.

Por otra parte, dicha independencia solo podrá ser ejercida dentro del marco legal determinado por el constituyente y el legislador⁹⁹—que incluye algunos poderes reglamentarios— y que los reduce a una estricta actividad de limitación de diferente tipo —fiscal, disciplinario, contable, de gestión y resultados— que no tiene en principio un carácter jurisdiccional, por lo que se tilda como típicamente administrativa, siendo justiciable ante el juez contencioso-administrativo.

En este sentido, si bien en Colombia se han distinguido varias entidades de control, a efectos de este estudio y, sobre todo, por su impacto en la actividad contractual de la Administración, se hará referencia a los órganos de control constitucionalmente previstos por la Constitución de 1991, esto es: la Contraloría General de la República, que tiene a su cargo el control sobre la gestión fiscal y de resultados de las entidades del Estado, comprendiendo desde esa perspectiva la actividad precontractual, contractual y poscontractual; y el Ministerio Público, dentro del cual está ubicada la Procuraduría General de la Nación, en virtud del control disciplinario de los funcionarios gestores del ciclo de contratación y la vigilancia preventiva de la función pública en la identificación de fallas en la gestión también fruto de la actividad contractual del Estado.

99. Esta decisión es fruto del análisis de inconstitucionalidad de la Ley 573 de 2000, “por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias”. El demandante argumentó que no era competencia del Congreso de la República determinar la planta de personal o supresión o fusión de empleos de los organismos autónomos, y, por lo tanto, no era dable delegar transitoriamente en el Presidente de la República la potestad legislativa para regular la materia, ya que esta no era competencia del Congreso. Sentencia de Constitucionalidad 401 de 2001. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

5.3.1. Contraloría General de la República: control fiscal

El control fiscal a la gestión financiera y patrimonial que se efectúa sobre los servidores públicos que manejan recursos del Estado, se encuentra regulado por la Ley 610 de 2000 y sus reformas, que establecen el trámite de las auditorias, los procesos de responsabilidad fiscal y los informes de gestión, entre otros; dentro de este panorama, la Contraloría General de la República, como máxima autoridad del control fiscal, tiene el deber de advertir los riesgos de la gestión pública, declarar la responsabilidad, y buscar el restablecimiento patrimonial de los presuntos responsables de afectaciones al patrimonio del Estado; haciendo la salvedad de que, con posterioridad, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo pueda hacer un análisis de legalidad de las decisiones fruto del control fiscal¹⁰⁰.

En este sentido, el control fiscal es una actividad ejercida por las contralorías (nivel nacional y territorial) y recae sobre la gestión fiscal ejercida por la Administración pública o los particulares que administran bienes públicos. A tal efecto, la función fiscalizadora de las contralorías se puede realizar de forma posterior a la ejecución del contrato, aunque en algunos casos pueda ser concomitante a la celebración y ejecución del mismo. Este control consiste en una comparación en la cual se observan las actividades que han modificado la situación financiera de la entidad y las normas que regulan estas actividades¹⁰¹, sobre todo aquellas que se presentan en las siguientes etapas de la relación contractual (Rodríguez R., 2017: 292): 1) control posterior del contrato, una vez se han agotado los trámites administrativos de legalización; 2) verificación contable y de legalidad de los pagos realizados con ocasión del contrato; 3) una vez liquidado el contrato, control financiero, de gestión y de

100. La Ley 2080 de 2021, en su art. 23, introdujo un "control automático de legalidad" que estableció que la decisión que declara la responsabilidad fiscal tendría un control automático por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Corte Constitucional declaró inexecutable la norma, ya que este control automático afectaba el derecho de defensa del agraviado, pues no le permitía solicitar nuevas pruebas en el proceso o agregar otras pretensiones por medio de la demanda, y en este sentido la decisión de la Contraloría sería asimilable a una sentencia de primera instancia. Así pues, aunque no proceda el control automático de legalidad, la Corte recordó que se ha otorgado a la jurisdicción contencioso-administrativa la facultad para juzgar los actos de la Administración. En el caso de la responsabilidad fiscal, la sanción se interpone por medio de un acto administrativo, lo que permite que el sancionado acuda a esta jurisdicción mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (Sentencia de Constitucionalidad 090 de 2022. Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo).

101. Sobre este punto, algún sector de la doctrina sostiene que el análisis de legalidad del contrato no corresponde a las contralorías, sino al juez natural del contrato, es decir, el juez administrativo; no obstante lo anterior, en la práctica es frecuente observar que estos órganos de control se atribuyen dicha función, y en ocasiones sustentan fallos de responsabilidad fiscal habiendo declarado ellos mismos la nulidad del contrato, sin que haya mediado pronunciamiento del juez administrativo (Dávila Vinuesa, 2016: 783-789).

resultados; 4) por último, las autoridades fiscales pueden exigir informes sobre la gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden.

Asimismo, el control fiscal recae sobre las siguientes cuestiones: 1) control financiero, consistente en una auditoría para establecer si los estados financieros de una entidad son acordes a sus actuaciones financieras; 2) control de legalidad, que consiste en verificar que las operaciones financieras, técnicas y administrativas se han realizado con base en las normas aplicables, lo cual no se puede confundir con una función de control de legalidad del contrato, ya que esta solo corresponde al juez administrativo; 3) control de gestión, el cual se satisface cuando hay eficiencia y eficacia en el manejo de los recursos; 4) control de resultados, que equivale a observar las metas perseguidas por la Administración, y los resultados obtenidos; 5) revisión de cuentas, que es el estudio técnico de los documentos que soportan las operaciones realizadas por quienes realizan gestión fiscal.

Con base en los anteriores puntos, las contralorías determinarán si se produjo un daño patrimonial al Estado, en cuyo caso tendrán la titularidad de la acción fiscal para perseguir a los presuntos responsables fiscales¹⁰².

Por último, resulta importante hacer énfasis en el carácter notablemente posterior del control fiscal, lo cual no impide que también pueda ser preventivo y concomitante¹⁰³. Sobre este tema, el Acto Legislativo 4 de 2019, que reforma el Régimen de Control Fiscal, incluyó a cargo de la Contraloría

102. Según el art. 5 de la Ley 610 de 2000, los elementos de la responsabilidad fiscal son los siguientes: (I) daño patrimonial al Estado, (II) conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, y (III) nexo de causalidad entre los dos anteriores.

103. Sobre este punto, es importante mencionar que, con anterioridad al Acto Legislativo 4 de 2019, la Corte Constitucional de Colombia, por medio de Sentencia C-103 de 2015, realizó un análisis de constitucionalidad al “control de advertencia” que, en la práctica, constituyó un control previo por parte de las contralorías a la gestión contractual de las entidades. Sobre el particular, la Corte declaró la inexecutable de la disposición, con fundamento en el siguiente análisis: “La Sala concluye que la función de advertencia que dicha norma atribuye a la Contraloría General de la República, si bien apunta al logro de objetivos constitucionalmente legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal encomendada a esta entidad, desconoce el marco de actuación trazado en el artículo 267 de la Constitución, el cual encuentra dos límites claros en (i) el carácter posterior y no previo que debe tener la labor fiscalizadora de la Contraloría y, de otro lado, (ii) en la prohibición de que sus actuaciones supongan una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control. Finalmente, tal mecanismo encuentra un adecuado complemento en los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, a través de las facultades atribuidas a las Superintendencias, puede implementar respecto de aquellas actividades sometidas a inspección, vigilancia y control. [...] Finalmente, tal mecanismo encuentra un adecuado complemento en los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, a través de las facultades atribuidas a las Superintendencias, puede implementar respecto de aquellas actividades sometidas a inspección, vigilancia y control”.

General de la República la posibilidad de ejercer el control concomitante o preventivo, que debe reunir las siguientes características¹⁰⁴ para ser acorde a la Constitución colombiana: 1) ser excepcional; 2) no constituir un prejujuicio al actuar de la Administración, sino buscar advertir los riesgos que podrían materializarse en un daño; 3) no suponer coadministración, realizándose de manera concomitante al actuar de la entidad y no teniendo carácter vinculante.

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-140 de 2020, realizó el análisis de una demanda de inconstitucionalidad, en la cual se manifestaba que el control previo suponía una sustitución de la Constitución, dado que, a ojos del demandante, modificaba dos pilares básicos de la Constitución Política: 1) el carácter posterior de la revisión fiscal, y 2) los rasgos esenciales del principio de separación de poderes.

A este respecto, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, manifestando que el control fiscal posterior no constituye un “eje identitario de la Carta Política”, lo cual significa que el carácter ulterior del control fiscal podría estar sujeto a modificaciones. Además, la Corte puntualizó que el principio de separación de poderes en Colombia no tiene un carácter absoluto, sino que, por el contrario, es necesario que entre las ramas del poder exista una colaboración armónica, lo cual se puede traducir en mecanismos de pesos y contrapesos, que serán válidos siempre que no impliquen una pérdida de autonomía sustancial de alguno de los órganos del Estado; por lo tanto, al ser excepcional y no vinculante, el control previo no se traduce en una afectación de este principio¹⁰⁵.

104. Esta disposición debe ir de la mano del art. 2 del Decreto-ley 403 de 2020, por medio del cual se define la función preventiva y concomitante de la Contraloría: “[...] es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos [...] Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas [...]” A su vez, el literal n) del art. 3 de este decreto sostiene que “en virtud del principio de oportunidad las acciones de vigilancia y control fiscal, preventivas o posteriores se llevan a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido, esto es, cuando contribuyan a la defensa y protección del patrimonio público, al fortalecimiento del control social sobre el uso de los recursos y a la generación de efectos disuasivos frente a las malas prácticas de gestión fiscal”. Asimismo, la vigilancia y control fiscal comprenderá todas las actividades del respectivo sujeto de control desde una perspectiva macro y micro, sin perjuicio de la selectividad, con el fin de evaluar de manera cabal y completa los planes, programas, proyectos, procesos y operaciones materia de examen y los beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, los planes y sus metas cualitativas y cuantitativas, y su vinculación con políticas gubernamentales.

105. A este respecto, algún sector de la doctrina critica el poco margen de maniobra que tienen los entes de control en la etapa previa y de ejecución del contrato, lo cual, en muchos casos, facilita que se consumen afectaciones al patrimonio del Estado, lo cual daría al control fiscal un carácter reactivo y no preventivo; motivo por el que algunos restan importancia a la eficacia de este control (Benavides *et al.*, 2016).

5.3.2. Procuraduría General de la Nación: control disciplinario

La ley disciplinaria puede ser ejercida en dos escenarios: uno interno, por parte de las oficinas de control interno disciplinario de las entidades; y otro externo, llevado a cabo por el Ministerio Público, concretamente mediante la Procuraduría General de la Nación¹⁰⁶. En este sentido, el régimen disciplinario es una manifestación del *ius puniendi* que recae en el Estado, cuyo objetivo consiste en lograr el cumplimiento de los fines y funciones encomendados a la Administración, a través de la verificación de las conductas de los servidores públicos en el ejercicio de la gestión pública (Silva Tenorio, 2019: 96-98). Así, el cumplimiento del marco legal por parte del servidor público es la forma idónea de garantizar el correcto funcionamiento del Estado y, por consiguiente, la materialización de las finalidades constitucionales que guían la actuación de la Administración; caso contrario, la justificación necesaria para las sanciones y los correctivos del caso al servidor público previamente establecidos en la ley.

De esta manera, el servidor público se convierte en objeto de estudio del derecho disciplinario¹⁰⁷, el cual, a su vez, constituye un medio idóneo para garantizar el cumplimiento de las funciones de las entidades públicas, de tal manera que la estructura y la composición de este régimen vienen dadas por aquellos preceptos que pretenden prevenir —o en su defecto corregir— las conductas que afectan la función pública.

En el marco de lo anterior, la Ley 1952 de 2019 contiene el marco legal vigente en relación con la potestad disciplinaria del Estado. En este sentido, el art. 54 de la referida ley establece las faltas relacionadas con la contratación pública¹⁰⁸; lo anterior encuentra sustento en la importancia que denota el contrato público, como mecanismo por medio del cual el Estado logra sus

106. Este supuesto se materializa a través del ejercicio del poder preferente que tiene la Procuraduría General de la Nación y que tiene por objeto hacer efectiva la competencia constitucional prevalente asignada a esta para impulsar la acción disciplinaria y garantizar la efectividad y eficacia de dicha potestad, de manera coordinada con las demás autoridades habilitadas para su ejercicio (Resolución 456 de 2017, Procuraduría General de la Nación).

107. El concepto de relaciones generales de sujeción y relaciones especiales de sujeción resulta determinante en la aplicación del derecho disciplinario. De esta forma, hay normas de carácter general que deben ser observadas por la generalidad, y normas especiales, que únicamente vinculan a sujetos determinados, que cuentan con características específicas. En el derecho disciplinario la aplicación de esta concepción trae consigo que únicamente quienes tengan el carácter de servidor público, o de persona que realiza funciones públicas, puedan ser sujetos a la ley disciplinaria (Ossa Aya, 2016: 31-39).

108. Art. 54 de la Ley 1952 de 2019. Faltas relacionadas con la contratación pública:

1. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

finés. En este sentido, una de las faltas establecidas por el Código disciplinario hace referencia a la aplicación de la urgencia manifiesta.

5.3.3. De la urgencia manifiesta contractual y el control

En consideración a este punto, es importante recordar que el proceso de licitación pública constituye la regla general para celebrar el contrato estatal, y la urgencia manifiesta es una de sus excepciones¹⁰⁹. En este supuesto

2. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

3. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

4. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la Ley para ello.

5. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causas previstas en la ley.

6. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

7. Omitir, el supervisor o el interventor, el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento”.

109. Los arts. 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 regulan la urgencia manifiesta de la siguiente forma: “Artículo 42.- [...] Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos. La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado.

[...]

Artículo 43.- [...] Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta. Lo previsto en este artículo

existe una colisión de derechos, porque la licitación permite la libre concurrencia pública en igualdad de condiciones y, por otro lado, la declaración de la urgencia manifiesta permite la satisfacción del orden público, al ser uno de los supuestos a través de los cuales se puede realizar la contratación directa en casos apremiantes que requieren una actuación inmediata so pena de que el interés público se puede ver afectado. Por ende, la Administración tiene la facultad de contratar obras o servicios, sin ni siquiera mediar contrato por escrito, para subsanar la situación que afecta el interés general; por lo tanto, el análisis de validez de la procedencia de la urgencia manifiesta consiste en preguntarse si, en caso de haberse realizado la licitación pública, el interés general o el orden público se habrían podido ver garantizados. Si la respuesta es afirmativa, la declaratoria de urgencia manifiesta no era procedente (Dávila Vinueza, 2016: 509).

Debido a lo anterior, el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta debe estar motivado, narrando los hechos que dieron lugar a esta situación, y los objetivos que persigue la Administración para subsanarla. El análisis de la validez de estos actos se determinará cuando se logre probar que los contratos celebrados durante la urgencia manifiesta tienen un nexo causal directo con los propósitos que persigue la Administración y si estos, a su vez, son idóneos para solucionar la situación que ha dado lugar a la situación de emergencia.

Por las razones antes mencionadas, se establece un control automático y posterior del órgano encargado de realizar el control fiscal, tendente a evitar abusos por parte de las entidades en el acto de declaración de urgencia manifiesta. A tal efecto, la entidad deberá remitir las pruebas que tengan para justificar la procedencia de esta figura, y el órgano de control fiscal, es decir, la Contraloría, deberá pronunciarse sobre la declaratoria de urgencia dentro de los dos meses siguientes a los hechos que determinaron tal declaración. En este sentido, cuando se establezca que no existió justificación para la declaratoria de urgencia manifiesta, el órgano de control fiscal solicitará al jefe inmediato de quien celebró los contratos, o a la autoridad competente, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria¹¹⁰.

Este análisis no consiste en un estudio de legalidad de los contratos, sino simplemente en examinar la veracidad de los hechos alegados y determinar si estos efectivamente constituían una urgencia, so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria, razón por la cual el control de urgencia manifiesta

lo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia”.

110. Art. 43 de la Ley 80 de 1993. Asimismo, el numeral 5 del art. 54 de la Ley 1952 de 2019 establece como falta gravísima la declaración de urgencia manifiesta, cuando esta no era procedente.

podría resumirse como “un control de hechos y circunstancias que en caso de no cumplirse, traen consecuencias disciplinarias” (Dávila Vinuesa, 2016: 514).

5.3.4. Veedurías ciudadanas

La Constitución Política de 1991 concede a los ciudadanos el derecho a participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político, entre otras opciones, mediante la participación, la interposición de las acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, lo cual pretende complementar los espacios representativos con otros participativos, con la intención de que la ciudadanía intervenga de manera directa en las decisiones que la afectan.

En este sentido, el art. 66 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos que celebre la Administración se encontrarán sujetos a la vigilancia ciudadana, para lo cual el Gobierno nacional y las entidades territoriales establecerán mecanismos, como la publicidad y la transparencia, que faciliten e incentiven el control comunitario sobre la actividad contractual del Estado; en el marco de lo anterior, la figura de las veedurías cobra especial importancia.

Las veedurías son un mecanismo democrático de participación, y surgen cuando la comunidad ha identificado la necesidad de hacer seguimiento a alguna actividad pública (política pública-contrato) en la cual hay de por medio necesidades colectivas y el uso de recursos públicos. Una vez identificado el objeto sujeto de control, la comunidad afectada deberá hacer una convocatoria en la cual se postulen quienes pretendan ejercer la veeduría, y, bajo un procedimiento democrático, se determinará quiénes serán los veedores. Véanse la Ley 803 de 2003 y la Ley estatutaria 1757 de 2015, que también desarrolla el control social.

El acta de constitución de la veeduría deberá además incluir el objeto sujeto a control, en el cual se menciona de forma precisa la entidad u obra objeto de vigilancia, así como el tiempo de duración de la veeduría, ya que esta no puede ser ilimitada o indeterminada. El acta deberá inscribirse ante la Personería o la Cámara de Comercio del lugar en el cual se vaya a ejercer la función de control, y, con ello, la veeduría ya se encontrará registrada. En este punto, surgen una serie de derechos y de deberes. De modo general, las veedurías tienen derecho a conocer los proyectos, programas o políticas de la Administración; tienen derecho a solicitar mecanismos correctivos y sancionadores, por conductas que afecten a la comunidad; y tienen derecho a obtener información acerca de la gestión fiscal.

Entre los deberes que recaen sobre las veedurías destacan la obligación de informar a las autoridades cuando en el ejercicio de sus funciones hayan observado irregularidades en el desarrollo de la función pública; inscribir el acta de creación ante la Personería o la Cámara de comercio; informar a las autoridades sobre el origen de sus recursos; aceptar las solicitudes o recomendaciones sobre el ejercicio de sus funciones que haga la comunidad; presentar informes públicos sobre los avances de su gestión; definir su reglamento de funcionamiento, y respetar el régimen de impedimentos y prohibiciones señalado por la ley.

Sobre este último aspecto, no podrán ser veedores los contratistas, interventores, proveedores o trabajadores que formen parte de la obra que vaya a ser objeto de control; o quien en el año inmediatamente anterior a la constitución de la veeduría haya formado parte del objeto sujeto a vigilancia. En el mismo sentido, los ediles, concejales, diputados o congresistas no podrán ser, en ninguna circunstancia, ediles.

Asimismo, la función de estos mecanismos de participación democrática se ve complementada por la red de veedurías ciudadanas y la red de apoyo a las veedurías ciudadanas. El primero es un mecanismo mediante el cual varias veedurías del nivel municipal, departamental o regional establecen canales de comunicación para compartir experiencias y establecer acuerdos de cooperación sobre procedimientos y parámetros de acción. El segundo está compuesto por un conjunto de entidades del Estado, que dispone de asesoría legal y técnica, que se traduce en “el diseño de metodologías evaluativas de dicha gestión, el suministro de información sobre los planes, programas, proyectos y recursos institucionales de la Administración Pública, la capacitación, el impulso a la conformación de veedurías ciudadanas y sus redes y la evaluación de los logros alcanzados por éstas”.

5.4. Conclusiones

1. El régimen de los contratos celebrados por el Estado colombiano se encuentra consagrado en el estatuto general de contratación —Ley 80 de 1993— y en múltiples regímenes especiales, principalmente fundamentados en el derecho privado; de ahí que el contrato estatal tenga varios regímenes así como jueces competentes y mecanismos de control judicial.
2. La jurisdicción contencioso-administrativa realiza el control de legalidad de los actos emitidos en la etapa precontractual a través de los medios de control de nulidad simple y nulidad con resta-

blecimiento del derecho. Una vez celebrado el contrato, el medio idóneo para impugnar los actos será la acción de controversias contractuales.

3. El Estado está facultado para suscribir cláusulas compromisorias para someter al conocimiento de los árbitros todos los conflictos que surjan a lo largo del ciclo contractual. No obstante, esta facultad encuentra su límite en la disposición que pueden hacer las partes sobre temas tocantes al orden público, caso en el cual la única competente será la jurisdicción contencioso-administrativa.
4. Los servidores públicos se encontrarán sujetos al control fiscal y disciplinario, el cual es impulsado por órganos que no se encuentran adscritos a ninguno de los tres poderes del Estado, pero que aun así encuentran limitada su función al respeto de la Constitución y la ley.
5. Otro medio de control lo constituyen las veedurías, que pretenden fortalecer la participación en la vigilancia y el control de la gestión pública por parte de los ciudadanos como derivación de sus derechos políticos. Estos mecanismos de participación son constituidos por la propia comunidad para realizar un control a actividades específicas en las cuales hay de por medio recursos públicos. De esta manera, corresponde a los veedores vigilar la gestión fiscal de los funcionarios públicos y denunciar ante las autoridades cualquier anomalía que observen en el ejercicio de sus funciones.

5.5. Propuesta de Tribunal Especial de Contratación para Colombia en materia precontractual

La vía gubernativa o administrativa es un requisito procesal que brinda a la Administración la oportunidad de revisar sus decisiones, de tal manera que pueda modificarlas, revocarlas o aclararlas, antes de que sean revisadas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo¹¹¹. En este sentido, la vía gubernativa constituye una prerrogativa en favor de la Administración pública y una garantía para el ciudadano, que por medio del análisis de la adecuación de legalidad de sus actos propende a evitar posibles detrimentos patrimoniales, que podrían ser consecuencia de la toma de decisiones no acordes con el ordenamiento vigente.

Con relación a lo anterior, la vía administrativa es un medio de control vertical a los actos emanados por una autoridad administrativa; es decir, a diferencia del control horizontal, que es realizado por otro de los poderes del Estado, el

111. Consejo de Estado. Sentencia 21971. 15 de agosto de 2018. Magistrada ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto.

control vertical se refiere a aquel realizado por una misma entidad o institución decisoria en un nivel superior, que controla las decisiones adoptadas por un funcionario de inferior jerarquía (Santofimio Gamboa, 2003: 284-286).

En este marco, al ser el organizador del gasto a fines contractuales la máxima autoridad administrativa en el seno de la entidad, y ser el responsable de impulsar el proceso previo a la celebración del contrato y la ejecución del mismo, los actos administrativos de carácter individual que se expidan a lo largo del ciclo contractual no pueden agotar la vía gubernativa por ser expedidos por la máxima instancia administrativa, y, por consiguiente, será la instancia judicial la encargada de resolver de manera directa los mismos. En síntesis, en sede administrativa no hay forma de revisar los actos precontractuales o contractuales, que en caso de yerro o error podrían corregirse por otro mecanismo distinto de la propia voluntad del poder decisorio.

Sobre el particular, cabe destacar de manera sucinta que el control judicial no es del todo efectivo, porque la presunción de legalidad de los actos previos permite que se inicie la ejecución del contrato, aun cuando sobre ellos recaigan acciones tendentes a impugnar su presunción de legalidad. De lo anterior deriva que en algunos casos la declaratoria de nulidad de los actos precontractuales se produzca años después de haber finalizado la ejecución del contrato¹¹².

A este respecto, surge con argumentos sólidos la propuesta de la instauración o creación de un órgano en el seno de la rama ejecutiva del poder público, que esté dotado de un carácter técnico y especializado, el cual podría dotar de efectividad una vía administrativa o gubernativa respecto a los actos precontractuales, ya que puede suponer una oportunidad para que la Administración revise de forma expedita las decisiones adoptadas por ella misma y de esta manera evite, entre otras, afectaciones patrimoniales, o situaciones que favorezcan la consolidación de actos ilegales que

112. Aun cuando el ordenamiento colombiano establece plazos bastante reducidos para que el juez se pronuncie sobre la solicitud de medidas cautelares tendentes a la suspensión provisional del contrato, o la suspensión del procedimiento de selección de contratista, en la práctica el plazo real para aceptar la demanda es de unos cuantos meses, y, por lo tanto, en el momento en el cual se adopta la decisión el contrato ya ha sido ejecutado o está en fase de ejecución. En este último supuesto, la seguridad jurídica puede tener mayor preponderancia frente al principio de legalidad, ya que con la ejecución del contrato está en juego la satisfacción del interés público, motivo por el cual, en algunos casos, el juez puede no destruir la relación contractual, pese a su nulidad, a efectos de dar prevalencia al interés público; o en aquellos casos en los cuales declare su nulidad, y al tratarse de un negocio jurídico de tracto sucesivo, deberá la Administración reconocer lo hasta ahora ejecutado por el contratista, lo cual supondría la consolidación de situaciones jurídicas ilegales (Benavides, 2019: 501-503).

puedan llegar a afectar el interés público protegido con la contratación, o, en definitiva, la tutela efectiva del ciudadano, toda vez que el recurso en vía administrativa sería revisado por el mismo ente que emitió la decisión, y, por ende, la decisión es confirmada.

En este sentido, tanto el principio de tutela judicial efectiva como la prerrogativa que tendría la Administración para revisar sus propias decisiones podrían verse aliviados si se dota al órgano encargado de conocer de los recursos administrativos de un carácter independiente, de modo tal que el que toma la decisión no sea el encargado de resolverla, en términos más eficientes, compatibles con el proceso de contratación y el inicio de la ejecución contractual.

De esta forma, la creación de un órgano con carácter independiente, sumada a su carácter especializado y técnico, justifica la instauración de la vía gubernativa —administrativa— como un trámite obligatorio antes de acceder a tribunales judiciales, y ello por tres razones: 1) se garantiza la prerrogativa en favor de la Administración, para que esta revise sus propias decisiones, en el trámite precontractual, antes de estar sujetas a control judicial; 2) los derechos del administrado no se verían afectados, ya que la especialización y el carácter independiente del órgano administrativo estarán destinados a garantizar los mismos; 3) el carácter expedito de las decisiones, que vendría dado por la especialización de este órgano, permitirá evitar la consolidación de situaciones jurídicas ilegales. Con esto se garantiza la satisfacción del principio de legalidad, de seguridad jurídica, y el interés general.

6. Bibliografía

Argentina

- Aguiar Valdez, O. (2004). Sobre el control administrativo de los entes reguladores de servicios públicos. *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, 5, 5-24.
- Agustini, H. (2000). La Sindicatura General de la Nación. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*, 23/26, 97-103.
- Albertsen, J. (2004). La Oficina Anticorrupción. *Documentacion Administrativa*, 269-270, 229-237.
- Bianchi, A. B. (2005). El control judicial de la Administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia. *Revista de Derecho Administrativo*, 20, 27-73.

- Bosch, J. (1996). La actividad jurisdiccional de la Administración pública y la garantía del debido proceso. *Estudio Bosch Abogados* (publicado en *La Ley*, 6 de diciembre de 1996). Disponible en: http://www.estudio-bosch.com/publicaciones/publicacion_02.pdf.
- Cardaci Méndez, A. (2017). Las prerrogativas estatales en los contratos administrativos. En E. Alonso Regueira, A. Cardaci Méndez, M. Cormick, N. P. Diana, G. J. Dubinski y G. S. Kodelia. *Contratos de la Administración. Teoría y práctica* (pp. 145-180). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/2018_contratos-de-la-administracion-e-book.pdf.
- Cassagne, E. (2016). Argentina. En J. L. Benavides y P. Moreno Cruz (eds.). *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cassagne, J. C. (1984). En torno a la figura del contrato administrativo. *Prudentia Iuris*, 14, 47-60. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2578/1/prudentia14.pdf>.
- (2004). El acceso a la justicia administrativa. Ponencia presentada en el *Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Cordeiro, M. (2021). *El control judicial de los actos de la Administración pública en la legislación argentina* [tesis doctoral]. Universidad Católica Argentina. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/13005/1/control-judicial-actos-administracion.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1960). *Fernández Arias vs. Poggio*. — (1994). *Litoral Gas S.A. vs. ENERGAS*.
- Gordillo, A. A. (1967). Capítulo XVI. Los contratos administrativos (pp. 331-350). En A. A. Gordillo. *Derecho Administrativo de la Economía*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- Hutchinson, T. (2010). El sistema argentino de control judicial de la Administración. *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata*, Año 7 (40), 152-179. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/19861/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Ivanega, M. M. (2021). Reflexiones acerca del derecho administrativo en la República Argentina. Garantías jurídicas en el procedimiento, el control judicial y la responsabilidad del Estado. *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo 2021*, 17-52. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-B-2021-10001700022.
- Lamberto, O. (2017). La Auditoría General de la Nación: breve historia y desafíos a futuro. *Voces en el Fénix*, 59. Disponible en: <https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/la-auditoria-general-de-la-nacion-breve-historia-y-desafios-a-futuro/>.

- Laurenzano, P. C. (2019). Acerca de la invalidez de los contratos administrativos viciados por actos de corrupción. *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 2. Disponible en: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1258/Acerca%20de%20la%20invalidez%20de%20los%20Contratos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Moldes Rodríguez, J. A. (1990). La jurisdicción primaria y el agotamiento de remedios administrativos: una simbiosis doctrinal. *Revista de Administración Pública*, 23 (1), 81-94. Disponible en: <https://revistas.upr.edu/index.php/ap/article/view/436/414>.
- Ortega Vélez, R. (2018). *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de P.R. de 2017*. Vlex.
- Ortiz, D. R. (2012). Doctrina Chevron: su significado en el derecho estadounidense y su aplicabilidad en la Argentina. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2012-51*. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141250.
- Rabario, F. y Kathrein, C. (2019). Los órganos de control de la Administración Pública de la provincia de La Pampa y su contraste con otros sistemas de control. *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 9 (2), 71-91. Disponible en: <https://repo.unlpam.edu.ar/bitstream/handle/unlpam/4222/v09n2a05rabario.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Solorza Martínez, J. D. (2021). *¿Deferencia judicial o deficiencia judicial?* [trabajo de grado]. Universidad del Rosario. Disponible en: <https://repository.urosario.edu.co/items/3754eec0-767c-4fce-9e3f-67e6b9a780b4>.
- Sosa Baco, F. (2023). La jurisdicción primaria y jurisdicción exclusiva: un aspecto fundamental en la adjudicación de casos en los foros judiciales y administrativos. In *REV*. Disponible en: <https://derecho.uprrp.edu/inrev/2023/02/09/articulo-la-jurisdicion-primaria-y-jurisdicion-exclusiva-un-aspecto-fundamental-en-la-adjudicacion-de-casos-en-los-foros-judiciales-y-administrativos/>.
- Vique, F. J. (2016). El sistema de control interno y externo del sector público nacional. En E. M. Alonso Regueira (dir.), *El control de la actividad estatal* (pp. 681-691). Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-vique-sistema.pdf>.

Chile

- Benavides, J. L. (2019). *Tribunal y recursos especiales de contratación pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Bordali Salamanca, A. (2009). Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. *Revista Chilena de Derecho*, 36 (2), 215-244. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014523002>.
- Camacho Cepeda, G. (2014). El Tribunal de la Contratación Pública en Chile: una década de funcionamiento. En E. Espinosa-Saldaña Barrera (dir.). *Tendencias actuales en contratación pública* (pp. 165-175). Lima: Gaceta Jurídica. Disponible en: https://www.academia.edu/28991018/El_Tribunal_de_la_Contratación_Pública_en_Chile_una_década_de_funcionamiento_2014.
- (2016). Chile. En J. L. Benavides y P. Moreno Cruz (eds.). *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2019). Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 22, 221-252. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6043/7764>.
- ChileCompra. (2022). Cuenta pública ChileCompra. Gestion 2021 y Avances 2022. Disponible en: <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2022/05/Cuenta-Publica-ChileCompra-2021.pdf>.
- Costa Cordella, E. (2014). Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXVII (1), 151-167. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000100007.
- Escanilla Abarza, E. (2013). El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 2, 103-149. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5638997>.
- Ferrada Bórquez, J. (2019). *Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno*. Disponible en: <https://www.studocu.com/cl/document/liceo-diego-de-almeida/derecho-romano/ferrada-los-tribunales-que-ejercen-la-justicia-administrativa/61681809>.
- Figuerola Valdés, J. E. (2008). El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards” o “Paneles Técnicos o de Expertos”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 20.
- Harris, P. (2022). El desarrollo de los tribunales administrativos en el Derecho chileno. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32883/1/Informe.pdf>.
- Jara Burotto, Á. R. (2016). *Participación del Estado como parte en el arbitraje, con especial énfasis en el arbitraje internacional de inversión y en el arbitraje comercial internacional*. Santiago: Universidad de Chile.
- Jequier Leuhedé, E. (2013). La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Es-

- tado. *Revista Chilena de Derecho*, 40 (1), 159-182. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177028147007>.
- Rodríguez Muñoz, C. P. (2015). *La contratación pública en la Ley de bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Revisión de sus principios*. Santiago: Universidad de Chile.
- Vergara, A. (2014). Tribunales administrativos híper especializados ¿remedio contra el activismo y la deferencia? Columna de opinion en *El Mercurio Legal*. Disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/15183-profesor-alejandro-vergara-tribunales-administrativos-hiper-especializados-iremedio-contra-el-activismo-y-la-deferencia>.
- Vergara Blanco A. (2016). Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 46. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000100011.

Colombia

- Acosta González, M. L. (2014). *El principio de la culpabilidad en el derecho disciplinario*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Bejarano Guzmán, R. (2017). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. Octava edición*. Bogotá: Temis.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. 2.ª ed.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. L., Vélez, J. C. E., Ibagón, M. L. I. y Díaz, M. S. S. (2016). Colombia. En J. L. Benavides y P. Moreno Cruz (eds.), *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dávila Vinuesa, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.
- Expósito Vélez, J. (2020). *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gobierno de Colombia. (2018). Curso virtual: Inducción a los gerentes públicos de la Administración colombiana. Módulo 4: Contratación Pública. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gerentes/Modulo4/tema-2/1-modalidades.html>.
- Güechá Medina, C. N. (2008). Una propuesta de desaparición de la acción contractual, en el control de los contratos administrativos. *Opinión Jurídica*, 7 (13), 55-74.
Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/99>.
- León Gil, M. A. (2018). *Arbitraje de actos administrativos contractuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Matallana Camacho, E. (2019). La preservación de las garantías constitucionales en la licitación en el trámite de evaluación de las propuestas y el control que ejerce el juez sobre la actividad contractual de la Administración pública. En J. A. Pimiento Echeverri (ed.), *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Melo Salcedo, I. M. (2003). Los órganos autónomos e independientes. *Civilizar*, 3 (5), 1-41. Disponible en: <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/377/CienciasSocialesyHumanas358.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Navarro Giraldo, L. P. y Madrigal Alzate, J. I. (2010). *Teoría de “los móviles y las finalidades”*. Línea jurisprudencial [trabajo de grado]. Universidad de Medellín. Disponible en: https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4642/TG_EDPC_25.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Esta%20teor%C3%ADa%2C%20es%20producto%20de,parte%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica.
- Ossa Aya, C. A. (2016). *Delimitación de la ilicitud sustancial como elemento de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos* [tesis de grado]. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Rodríguez R., L. (2017). *Derecho Administrativo. General y colombiano* (vigésima edición, tomo II). Bogotá: Temis.
- Santofimio Gamboa, J. (2003). *Tratado de derecho administrativo: introducción a los conceptos de la Administración Pública y el Derecho Administrativo* (3.ª ed.). Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat09422a&AN=uec.KOHA.OAI.UEXTERNADO.30975&lang=es&site=eds-live&scope=si>.
- Santos Ibarra, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la Ley 1437 de 2011. *Academia & Derecho*, 7, 133-144.
- Silva Tenorio, J. F. (2019). El principio de planeación en materia de compras públicas visto a la luz del ejercicio de control disciplinario en el ordenamiento jurídico colombiano. En J. F. Silva Tenorio (2019). *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria* (pp. 95-115). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Panamá

- Benavides Pinilla, V. L. (2013). La aplicación de las penalidades y sanciones administrativas en los contratos públicos en Panamá. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 17, 203-224. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4729267>.

- Carvalli Yee, C. A. (2009). El derecho administrativo panameño y su contribución al fortalecimiento de la democracia. *Revistas Jurídicas UNAM*, 77-88. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/republica-juridica-admin/article/view/440>.
- Gasnell Acuña, C. (2015). *El acto administrativo y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá* [tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/30c8d504-7217-42c3-8aa7-b11997ffae69/content>.
- Hoyos, A. (2003). *La Administración ante su Juez. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Panamá durante el último siglo*. Panamá: Imprenta del Órgano Judicial.
- Morón Urbina, J. C. (2020). *El recurso en materia de contratación ante tribunales especializados en España y América Latina* [tesis doctoral]. Universidade da Coruña. Disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/26643/MoronUrbina_JuanCarlos_TD_2020.pdf.
- Padilla Lozano, A. (2013). Análisis comparativo del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá frente al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. *Curso de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca*.
- (2016). Panamá. En J. L. Benavides y P. Moreno Cruz (eds.). *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rincón Córdoba, J. I. (2018). La teoría de la organización administrativa en Colombia. *Serie Derecho Administrativo*, 29.

Perú

- Alejos Guzmán, O. (2020). La garantía por interposición de recurso de apelación en la contratación pública. *Revista de Derecho Administrativo*, 18, 143-160. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22860/21949>
- Baca Oneto, V. (2009). La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 69-93. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14014/14636>.
- Benavides, J. (2019). *Tribunal y recursos especiales de contratación pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. Lima. *Revista de Derecho Administrativo*, 2, 9-44. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>.

- Gamarra Barrantes, C. (2009). Reflexiones sobre la nueva Ley de Contrataciones del Estado en materia de solución de controversias en el proceso de selección. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 218-229. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14023/14645>.
- Guerinoni Romero, P. (2014). Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley No. 30225: nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Arbitraje PUCP*, 4, 147-152. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitraje-pucp/article/view/10395/10845>.
- Guzmán Napuri, C. (2009). Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 204-216. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022/14644>.
- Guzmán-Barrón Sobrevilla, C. y Zúñiga Maravi, R. (2014). Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos- PUCP "Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales". *Arbitraje PUCP*, 4, 83-102. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10389/10839>.
- La Contraloría General de la República. (2015). La nueva Ley de Contrataciones del Estado y sus principales cambios. Ley n.º 30225. Perú: Escuela Nacional de Control. Disponible en: https://enc-ticketing.org/UIGC/biblioteca/libros_virtuales/Nueva_Ley_Contrataciones_Estado_Ley30225.pdf.
- Martín Tirado, R. (2013). El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Arbitraje PUCP*, 3, 41-77. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9386/9801>.
- Morón Urbina, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Tomo I* (12.ª edición). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mostacero Orozco, M. A. (2006). *Autonomía administrativa y financiera de las Administraciones tributarias: la experiencia de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria en Perú*. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Disponible en: https://www.ciat.org/Biblioteca/ConcursosdeMonografia/XIX-2005/xix_concurso_2do_premio_mostacero_pe.pdf.
- Pérez Porto, J. y Gardey, A. (2011). *Definición de resolución suprema - Qué es, Significado y Concepto*.
- Retamozo Linares, A. (2009). Del juez y parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. *Revista de Derecho Administrativo*, 7. Dispo-

- nible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14016>.
- (2018). Los procedimientos de selección en la Ley N.º 30225, Ley de contrataciones del estado. *Aequitas*, 1, 97-111. Disponible en: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/article/view/15224/13182>.
- Rodríguez Flores, M. A. (2014). Panorama actual del arbitraje en la contratación estatal. *Vox Juris*, 27 (1), 125-136. Disponible en: <https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1005/Articulo%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Soria Aguilar, A., Hilda Becerra, M.^a y Villa-García, M. (2022). *Solución de controversias en la Ley de Contratación del Estado*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=b9oraCIFXPU>.
- Tafur Sánchez, S. y Miranda Miranda, R. (2007). Contratación estatal: algunas reflexiones generales. *Derecho y Sociedad*, 29, 140-152. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17267/17554>.
- Tassano Velaochaga, H. (2006). El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 245-262. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16356/16762>.
- Terrones Jancco, J. y Castillo Andía, G. (2020). El régimen sancionador en las contrataciones con el Estado en contraposición a las garantías mínimas previstas en el régimen sancionador contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista Derecho & Sociedad*, 54 (2), 195-207. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22443/21670>.
- Urquiza Maggia, D. (2006). ¿Interponer el recurso de revisión ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado limita el acceso a la justicia administrativa? *Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano*.
- Vizcarra, D. (2019). Panorama actual del arbitraje en contrataciones con el Estado: algunas reflexiones a propósito de las últimas modificaciones a la Ley No 30225 y su reglamento. *Revista de Derecho YACHAQ*, 10, 47-62. Disponible en: <https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/635/875>.

Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales

El libro que tienen en sus manos es el principal resultado del trabajo realizado por un equipo de investigadores en el marco de un proyecto cuyo objeto es el análisis, diagnóstico y propuesta de solución a una serie de cuestiones problemáticas relativas a los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC), que tienen como denominador común las referencias a su naturaleza jurídica peculiar como órganos cuasi jurisdiccionales.

Teniendo en cuenta la importancia que los TARC tienen para garantizar la eficacia de los procedimientos de contratación y la tutela de los intereses de los licitadores, el estudio que se recoge en este libro profundiza en algunas cuestiones controvertidas que plantean dichos órganos. En concreto, la obra se estructura en quince capítulos, dedicados al análisis de cuestiones tan importantes como la naturaleza jurídica particular de los tribunales administrativos de recursos contractuales, su independencia funcional, su planta administrativa y, en particular, su compleja articulación en el nivel local, la responsabilidad patrimonial por daños causados como consecuencia de su funcionamiento, la ejecución de sus resoluciones, el auge de su actividad, su potestad sancionadora, y la revisión de oficio de la formalización del contrato como garantía de la eficacia de sus resoluciones.

Asimismo, desde una perspectiva comparada, el libro incluye varios capítulos en los que se analizan los modelos de control de la contratación pública en dos áreas geográficas seleccionadas por su interés: Europa y América.

En definitiva, estamos ante una obra rigurosa y de utilidad, seguramente llamada a convertirse en referencia ineludible para los interesados en la materia.

ALFREDO GALÁN GALÁN

*Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local.
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona*

Proyecto "Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales" (PID2019-106255GB-I00) financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033.

