

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.