

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 cuarta). 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.