

CAPÍTULO IX

La revisión de oficio de la formalización del contrato como garantía de la eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales

M. Mercè Darnacullea Gardella

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universitat de Girona*

Sònia Ramos González

*Profesora agregada de Derecho Civil.
Universitat Pompeu Fabra*

SUMARIO. **1. Introducción.** **2. El objetivo de las denominadas “directivas de recursos”.** 2.1. La eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. 2.2. La ineficacia del contrato. **3. La incorporación de las directivas en la legislación de contratos del sector público.** 3.1. La formalización como criterio determinante de la perfección del contrato. 3.2. La depuración de los vicios de nulidad del contrato. 3.2.1. *La revisión de oficio.* 3.2.2. *El recurso especial en materia de contratos.* 3.2.3. *La fugaz existencia de la cuestión de nulidad.* 3.3. Los supuestos especiales de nulidad contractual. **4. Régimen jurídico vigente.** 4.1. La suspensión de la formalización del contrato derivada de la interposición del recurso especial. 4.2. La nulidad de la formalización del contrato sin respetar la suspensión. 4.3. Los procedimientos para declarar la nulidad del contrato. **5. La revisión de oficio.** 5.1. La posición de algunos órganos consultivos autonómicos. 5.2. Aspectos problemáticos desde una perspectiva dogmática. 5.2.1. *El objeto de la revisión.* 5.2.2. *La causa de nulidad invocada.* 5.3. Aspectos problemáticos desde una perspectiva práctica. 5.3.1. *El perjuicio para el interés público derivado de un exceso*

de formalismo. 5.3.2. La falta de equivalencia entre la invalidez y la ineficacia del contrato. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El régimen jurídico vigente de los contratos del sector público es el resultado de la sedimentación irregular y acelerada de materiales procedentes de concepciones jurídicas dispares, en ocasiones incluso antagónicas (Díez Sastre, 2012: 30). La profunda europeización de este sector de referencia del derecho administrativo ha sido acogida con notable entusiasmo por la doctrina administrativista, que destaca las innovaciones introducidas en aras de garantizar la competencia entre los operadores económicos del mercado interior, mejorar la eficiencia y la transparencia en la gestión de fondos públicos, así como evitar la corrupción (Gimeno Feliu, 2018, 2021).

Las valoraciones críticas a la legislación de contratos recaen principalmente en la incorrecta o inadecuada transposición de las directivas¹ y en la deficiente calidad normativa del legislador español (Santamaría Pastor, 2016: 83). En términos generales, no se cuestiona el acierto de los fines perseguidos por la legislación europea, su calidad normativa ni su eventual incompatibilidad dogmática o estructural con la legislación nacional. Tampoco es este el objeto del artículo, que pretende analizar una cuestión puntual y aparentemente muy menor que atañe al régimen de invalidez de los contratos del sector público y que proviene de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las denominadas “directivas de recursos”².

En concreto, este estudio tiene por objeto el análisis de la causa de nulidad contemplada en el artículo 39.2.e) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre,

1. Ello es así tanto con carácter general, en relación con las directivas de contratos, como, en particular, en relación con las directivas de recursos (Bernal Blay, 2005; Moreno Molina, 2008; Martínez López-Muñiz, 2011; Razquin Lizarraga, 2015).

2. Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso para la adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras (Diario Oficial [1989] L 395/33), y Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades adjudicadoras que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (Diario Oficial [1992] L 76/14). Ambas normas han sido modificadas por la vigente Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), incorporada a nuestro ordenamiento con el fin de garantizar la eficacia de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales (en adelante, TARC). Con el fin de contextualizar el sentido y alcance de este precepto, se ofrece un breve recorrido por los antecedentes que explican su contenido y su ubicación sistemática, entre los que destacan la incorporación del recurso especial en materia de contratos, la fugaz existencia de la cuestión de nulidad y la modificación del régimen de perfección de los contratos.

El supuesto especial de nulidad contemplado en el artículo 39.2.e) de la LCSP pretende evitar que un contrato pueda surtir efectos si se ha formalizado sin respetar la suspensión, automática o acordada por un TARC, derivada de la interposición de un recurso especial en materia de contratación. La concurrencia de esta causa de nulidad puede ser declarada por un TARC o por el mismo órgano de contratación, previa tramitación, en este último caso, de un procedimiento de revisión de oficio.

La construcción tradicional de la revisión de oficio, como un procedimiento excepcional, previsto para depurar del ordenamiento actos administrativos viciados de nulidad, no encaja adecuadamente, sin embargo, con una causa de nulidad que afecta directamente a la formalización del contrato y que se predica de un vicio meramente formal, desvinculado en principio de la eventual invalidez de los actos preparatorios.

Como viene señalando la doctrina, el legislador español no ha sido suficientemente riguroso en la transposición de las directivas, y no ha previsto los ajustes necesarios para adecuar el ordenamiento interno a la legislación europea de recursos contractuales sin incurrir en algunas contradicciones sistemáticas. Sin embargo, no parece que pueda descartarse de entrada la hipótesis de que algunas de las contradicciones existentes deriven directamente de la incompatibilidad estructural entre el derecho administrativo nacional y el derecho administrativo europeo, articulado en torno a la desconfianza en la Administración³.

2. El objetivo de las denominadas “directivas de recursos”

Las directivas de recursos (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE) se aprobaron con la finalidad de garantizar la efectiva aplicación del principio de libre concurrencia en la adjudicación de contratos, mediante la incorporación de

3. Sobre la desconfianza en la Administración como un rasgo del derecho administrativo contemporáneo, véase Darnaculleta Gardella (2021: 408).

una vía de recurso eficaz contra las decisiones de los poderes adjudicadores⁴. Esta finalidad se vio tempranamente comprometida, según la jurisprudencia del TJUE, por una inadecuada transposición de las directivas⁵ y, según el legislador europeo, por una formalización precipitada de los contratos por parte de los poderes adjudicadores, con el fin de evitar los efectos suspensivos de los recursos contractuales⁶.

Para corregir este último problema se aprobó la Directiva 2007/66/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. De acuerdo con el considerando 18 de la Directiva 2007/66/CEE: “A fin de impedir infracciones graves de la obligación del período suspensivo y de la suspensión automática,

4. Los aspectos esbozados en este epígrafe han sido debidamente analizados por la doctrina administrativista. Por todos, véase Santamaría Pastor (2015).

5. Respecto a la transposición de las directivas de recursos en España, la STJUE (Sala Sexta) de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/00, Comisión de las Comunidades Europeas c. España, sostuvo, a los efectos que interesan en este trabajo, que no era compatible con la Directiva 89/665 una normativa como la española, que supeditaba la suspensión de las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso en cuanto al fondo contra la decisión en cuestión, ya que no podía considerarse un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras (aps. 99 y 100). Posteriormente, y en relación con el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la Comisión Europea demandó a España por haber incumplido las obligaciones derivadas del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores, al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración, y al permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. La STJUE (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión de las Comunidades Europeas c. España, consideró fundadas las dos primeras imputaciones, bajo la conclusión de que la legislación española objeto de recurso “no permite a todo licitador excluido interponer un recurso con arreglo a las exigencias de la Directiva sobre recursos contra la decisión de adjudicación de un contrato público antes de la propia celebración de este”. En particular, sostuvo que, “en la medida en que el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual esta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato” (ap. 42). Además, “[...] la formalización del contrato [...] no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva [...] Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas” (ap. 43).

6. El considerando 4 de la Directiva 2007/66 destaca, entre los puntos débiles de las directivas de recursos que modifica (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE), “la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversible las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida”.

que constituyen requisitos previos para un recurso eficaz, deben aplicarse sanciones efectivas. Los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato”.

El párrafo transcrito y las modificaciones introducidas en la Directiva 2007/66/CEE para garantizar la eficacia de los procedimientos de recurso ponen de relieve la desconfianza del legislador europeo en la administración contractual⁷, y un conocimiento parcial y sesgado sobre las modalidades de perfección de los contratos del sector público⁸. El legislador europeo asume que la perfección de los contratos tiene lugar con su formalización y que, entre el periodo de adjudicación y el de formalización de los contratos, los poderes adjudicadores tendrán la tentación de burlar la suspensión automática derivada de la interposición de los recursos. Es también la desconfianza del legislador europeo en la administración contractual la que justifica que se exija que los recursos deban ser resueltos por un órgano independiente del poder adjudicador⁹.

2.1. La eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos

Como reza su título, la Directiva 2007/66/CEE se propone mejorar la eficacia en materia de adjudicación de contratos públicos, y para ello pretende corregir lo que considera puntos débiles de las directivas de recursos. Como se ha avanzado, de acuerdo con el considerando 4 de esta Directiva: “Entre los puntos débiles detectados destaca, en particular, la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida. A fin de poner remedio a esta deficiencia, que supone un serio obstáculo a la tutela judicial efectiva de los licita-

7. Esta desconfianza, como ha indicado Díez Sastre (2012: 36), se justifica por las prácticas de tintes proteccionistas en las que parecían anclados los Estados miembros, y que condujeron a múltiples violaciones de las directivas.

8. Este aspecto ha sido acertadamente desarrollado por Martínez López-Muñiz (2011: 327).

9. La independencia del órgano de recurso respecto del poder adjudicador es una de las exigencias más relevantes en este nuevo modelo, como ha señalado con acierto la doctrina (Bernal Blay, 2011; Tornos Mas, 2011; Valcárcel Fernández, 2020; Vilalta Reixach, 2022).

dores afectados, es decir, los que aún no han sido definitivamente excluidos, procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato”.

La Directiva también considera que “conviene prever un plazo suspensivo mínimo autónomo que no debe expirar antes de que el órgano de recurso haya adoptado una decisión sobre la interposición. Esto no debe impedir que el órgano de recurso haga una evaluación previa sobre si el recurso en sí es admisible. Los Estados miembros pueden prever que dicho plazo venza cuando el órgano de recurso haya adoptado una decisión sobre la aplicación de medidas provisionales, inclusive una suspensión más amplia de la celebración del contrato, o cuando el órgano de recurso haya adoptado una decisión sobre los méritos del caso, en especial sobre la solicitud de anulación de una decisión ilegítima” (considerando 12).

La incorporación de estas reglas planteó no pocos problemas al legislador español. Como ha señalado acertadamente Martínez López-Muñiz (2011: 327), el legislador europeo está pensando en el régimen de perfección de contratos propio del sistema francés, que tiene lugar con la celebración o formalización del contrato, de modo que sus previsiones no tienen ningún sentido en un modelo como el español, que, en el momento de aprobación de la Directiva, consideraba perfeccionados los contratos con la adjudicación definitiva (art. 27 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público)¹⁰. En los sistemas jurídicos de doble nivel, como el francés, se separan claramente el acto de selección del contratista o de adjudicación del contrato y la posterior constitución del mismo mediante su formalización, de modo que los licitadores excluidos tenían bastantes complicaciones para impugnar un contrato formalizado del que no son parte. En estos sistemas, la celebración formal del contrato comportaba, en efecto, el cierre ya de toda posibilidad de que otros interesados impugnasen el acto de selección del contratista, algo que no ocurría en derecho español, donde “nunca se ha excluido la anulación de los contratos públicos -mediante la anulación de su adjudicación-, cualquiera que fuera el estado de su ejecución” (Martínez López-Muñiz, 2011: 331).

Sin embargo, la Comisión Europea había cuestionado precisamente la regulación española, porque en sistemas como el español, en el que la ce-

10. Según el art. 27.1 de la LCSP de 2007: “Los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella”.

lebración del contrato tenía lugar al mismo tiempo que su adjudicación, el problema jurídico identificado en la Directiva se agravaba, ya que —se argumentaba— no existía un acto de adjudicación del contrato que pudiese ser recurrido con independencia del acto de su celebración (ap. 25 STJUE de 3 de abril de 2008).

De hecho, una de las modificaciones que la Ley 34/2010 introdujo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, para adaptarla a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE fue la de “refundir en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso”¹¹. En este sentido, el artículo 27 de la Ley 30/2007, en su nueva redacción, disponía: “1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización”. El plazo de suspensión entre la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos y la formalización del contrato, en los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, era de 15 días, de acuerdo con el artículo 140.3 de la Ley 30/2007.

En este contexto se introdujo también la previsión de suspensión automática de los efectos de la adjudicación del contrato, derivada de la interposición del recurso especial de contratación, en los siguientes términos: “Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación” (art. 315 Ley 30/2007, incorporado por el art. 1.3 Ley 34/2010, de 5 de agosto).

En suma, la Directiva 2007/66/CEE, con base en el diagnóstico de los puntos débiles que presentaba el diseño de las dos directivas anteriores, introduce las siguientes modificaciones relevantes: determina los plazos para la activación de los mecanismos de tutela antes de la celebración del contrato; establece un plazo suspensivo obligatorio entre la adjudicación y la celebración del contrato; y regula los efectos suspensivos por la interposición del recurso antes de la adjudicación del contrato. A pesar de las dificultades derivadas de la estructura del ciclo contractual previsto en la legislación española previa a la incorporación de las directivas, se incorporaron todas las modificaciones previstas.

11. Preámbulo de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

2.2. La ineficacia del contrato

Con el fin de garantizar la eficacia del sistema de recursos, como ha señalado la doctrina (Gallego Córcoles, 2011: 265), la novedad más importante de la Directiva 2007/66/CE, en relación con la regulación inicial prevista en las directivas que modifica, es la de obligar a los Estados miembros a sancionar con ineficacia los contratos celebrados habiéndose producido determinadas infracciones muy graves del derecho de la Unión Europea. En este punto, es importante señalar que lo que pretende la Directiva es que los contratos queden sin efectos¹² con el objetivo de asegurar la existencia de mecanismos de tutela restitutoria a disposición de los licitadores, es decir, de canales de tutela que permiten corregir las infracciones de las reglas de contratación antes de la adjudicación y restituir el *statu quo* anterior (Díez Sastre, 2012: 39).

A los efectos de esta contribución interesa destacar que, entre los supuestos de ineficacia del contrato, se encuentra el caso en el que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se hubiese respetado la suspensión automática de la adjudicación derivada de la interposición de un recurso. Con anterioridad, los efectos de la declaración de invalidez de los actos precontractuales se debían determinar conforme al derecho nacional (art. 2.6 Directiva 89/665/CEE), el cual, por tanto, podía establecer la conservación del contrato o bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del derecho europeo. Esta última ha sido la solución en derecho español, que ha admitido tradicionalmente que la invalidez de la adjudicación se transmite al contrato.

Para impedir infracciones graves de la obligación del período suspensivo y de la suspensión automática, que, según la Directiva, constituyen los requisitos previos para un recurso eficaz, se prevé que “[l]os contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces *en principio* si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato” (la cursiva es nuestra; considerando 18).

Según el considerando 21 de la Directiva 2007/66/CEE: “El objetivo que se persigue al establecer los Estados miembros la normativa por la que se garantice que un contrato no produzca efectos, es que los derechos y las obligaciones

12. Las traducciones de las directivas, no solo al español, sino también al alemán (*Unwirksamkeit*) o al francés (*absence d'effets*), confirman sobradamente esta interpretación.

de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución. Las consecuencias que se deriven de la ineficacia de un contrato deben quedar reguladas por la legislación nacional. Por tanto, la legislación nacional puede, por ejemplo, establecer la anulación de todas las obligaciones contractuales con efectos retroactivos (*ex tunc*) o limitarse a prever la anulación de aquellas obligaciones aún por ejecutar (*ex nunc*). Esto no debe implicar la falta de sanciones rigurosas si las obligaciones derivadas de un contrato se han cumplido ya parcial o casi totalmente. En estos casos, los Estados miembros deben prever también sanciones alternativas, teniendo en cuenta en qué medida el contrato sigue estando en vigor de conformidad con el Derecho interno. De manera análoga la legislación nacional determina las consecuencias relativas a la posible recuperación del valor cuando la restitución del bien no sea posible”.

Con este fin, la Directiva establece en el artículo 2.3 lo siguiente: “Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso”. Adicionalmente, el artículo 2.8 dispone: “Los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz”.

Para hacer efectiva la obligación establecida en el artículo 2.3 mencionado, la Directiva 2007/66/CEE prevé en el artículo 2 *quinquies* que los Estados garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, en el caso en que este se formalice vulnerando la suspensión derivada de la interposición del recurso de contratación. Los términos en los que está redactada la causa de nulidad que se analiza en este trabajo ponen a prueba la capacidad de los intérpretes más experimentados: “Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimanase de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos [...]: En caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3 o del artículo 2 bis, apartado 2 de la presente Directiva, si dicha infracción priva al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción este combinada con una infracción de la Directiva 2004/18/CE, si esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato”.

En unos términos algo difusos, este precepto pretende establecer unos requisitos subjetivos y unos requisitos sustantivos en relación con esta causa

de nulidad. En términos subjetivos, establece que la ineficacia del contrato debe ser declarada por el órgano independiente que ha de examinar el recurso, esto es, por el tribunal de recursos contractuales (Tornos Mas, 2011; Gimeno Feliu, 2013; Vilalta Reixach, 2022). En términos sustantivos, establece que la infracción consistente en celebrar el contrato antes de que el órgano se haya pronunciado sobre la suspensión de la decisión de adjudicación o sobre el fondo del asunto, para dar lugar a la nulidad, debe estar acompañada de una infracción material de la Directiva 2004/18/CE. Se constata, por tanto, que la Directiva 2007/66/CE no pretendía que los Estados miembros configurasen la formalización anticipada del contrato como una causa de nulidad independiente de la nulidad de la adjudicación, sino como una garantía de su eficacia. La formalización anticipada del contrato únicamente debía dar lugar a la ineficacia del contrato si la adjudicación incurría en una causa de nulidad sustantiva (Díez Sastre, 2012: 203; Gallego Córcoles, 2011: 287-288)¹³.

3. La incorporación de las directivas en la legislación de contratos del sector público

La incorporación de las directivas de recursos en la legislación de contratos del sector público se ha producido paulatinamente, mediante diversas fases.

El legislador español consideró, en el momento de aprobar la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que el ordenamiento jurídico ya preveía los instrumentos adecuados para hacer efectivas las directivas de recursos, porque se preveía una vía de recurso —el recurso ordinario— para los actos de licitación y adjudicación de contratos aprobados contraviniendo las directivas de contratos. Así, la exposición de motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establecía lo siguiente: “No se incorpora, por el contrario, el contenido de las

13. Esta es también la interpretación que se desprende de los considerandos 18 y 19 de la Directiva 2007/66/CE:

“[...] Los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato.

En el caso de otros incumplimientos de requisitos formales, los Estados miembros podrían considerar inapropiado el principio de ineficacia. En estos casos, los Estados miembros deben disponer de flexibilidad para imponer sanciones alternativas. Estas deben limitarse a la imposición de multas que deben pagarse a un órgano independiente del poder adjudicador o entidad contratante, o a una reducción de la duración del contrato. Corresponde a los Estados miembros determinar los detalles de las sanciones alternativas y de las normas de su aplicación”.

Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido” (Mestre Delgado, 1991: 37; Gimeno Feliu, 1995: 85).

Tras la STJUE de 15 de mayo de 2003, que declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/665/CEE, al haber excluido a las sociedades mercantiles bajo control público sujetas al derecho privado, y al someter por regla general la posibilidad de tomar medidas cautelares en relación con las decisiones de las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra dicha decisión, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social introdujo el artículo 60 bis en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁴, que fue calificado como ineficaz e insuficiente por parte de la doctrina¹⁵. El artículo 60 bis requería que fuera el interesado el que solicitara la suspensión del procedimiento de adjudicación ante el órgano competente para resolver el correspondiente recurso contra el acto de adjudicación.

El nuevo intento del legislador español de implementar correctamente las directivas se concretó en el artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007), que introdujo un recurso especial de contratos públicos para contratos sujetos a regulación armonizada,

14. “Artículo 60 bis. Medidas provisionales.

1. Los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Esta solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente.

2. Serán órganos competentes para adoptar, en su caso, tales medidas provisionales los que lo sean para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase.

3. El plazo para solicitar la adopción de las medidas citadas será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa.

Contra dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida”.

15. Gimeno Feliu (2011: 229); García de Enterría Martínez-Carande (2004: 324); Baño León (2004: 350); De la Sierra Morón (2004: 229).

previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, y cuya resolución se atribuía “al órgano de contratación, o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que está adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene carácter de Administración pública”. Eran susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, entre otros actos. Y se establecía en el apartado 7: “Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato”.

El artículo 37 establecía la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato cuando el acto objeto de recurso era el de la adjudicación provisional, y atribuía la competencia para resolver el recurso especial al mismo órgano contratante, por lo que no se cumplía el requisito de independencia que exigían las directivas de recursos. El artículo 38 de la Ley 30/2007 preveía la posibilidad de adopción de medidas cautelares previa solicitud por parte del interesado, ya en el momento de interponer el recurso especial, ya de manera independiente, con anterioridad a la interposición del recurso especial (Noguera de la Muela, 2009).

La STJUE de 3 de abril de 2008 volvió a declarar que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b) de la Directiva 89/665/CEE, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicataria notificase la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, ni tampoco un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y su celebración (Moreno Molina, 2008).

La Comisión Europea, en el Dictamen motivado 260/2190/2002, emplazaba al Gobierno de España a adoptar las medidas requeridas en la sentencia, porque, a diferencia de la posición mantenida por el Gobierno español, según la cual la regulación del nuevo recurso especial del artículo 37 de la Ley 30/2007 ya cumplía las exigencias derivadas de la STJUE de 2008, la Comisión destacó que la Ley 30/2007 no permitía recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación, y el recurso contra la adjudicación provisional en la Ley 30/2007 no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato, y no permite a los licitadores excluidos recurrir los actos posteriores a la adjudicación provisional.

La siguiente reforma para adaptar la normativa de contratos a la Directiva 2007/66/CE se produjo con la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del

agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (Cid Villagrasa, 2010; Moreno Molina, 2010a). Los cambios más relevantes a los efectos de este trabajo son: la regla, ya analizada en el epígrafe anterior, según la cual la perfección del contrato se produce con la formalización (y no con la adjudicación, como ocurría con anterioridad); la regulación de un recurso especial en materia de contratos ante un órgano independiente, acompañada de una regla de suspensión automática del procedimiento de contratación desde la interposición del recurso¹⁶; y la regulación de la cuestión de nulidad para supuestos especiales de nulidad, entre los que se encuentra la nulidad del contrato en caso de haberse formalizado con infracción del plazo de suspensión automática en caso de interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación¹⁷.

Los cambios introducidos en la Ley 30/2007 se mantienen en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3.1. La formalización como criterio determinante de la perfección del contrato

El legislador español consideró que, para poder cumplir con las exigencias derivadas de la Directiva y de la STJUE de 2008 a la que se ha hecho referencia, era necesario trasladar la perfección del contrato de la adjudicación definitiva a la formalización. La Ley 34/2010 elimina la distinción entre adjudicación provisional y definitiva, y traslada el momento de perfección del contrato de la adjudicación definitiva a la formalización del contrato, que deviene por tanto un requisito no solo de su eficacia, como ocurría con anterioridad a la reforma (art. 140.4 Ley 30/2007 en su versión original), sino de la existencia misma del contrato.

Así, la exposición de motivos de la Ley 34/2010 explicaba: “Del mismo modo, ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumpli-

16. Todos estos aspectos han sido debidamente analizados por la doctrina. En concreto, sobre este tema, véanse: Razquin Lizarraga (2010); Díez Sastre (2011); Santamaría Pastor (2015); Valcárcel Fernández (2016).

17. Véanse: Pulido Quecedo (2010); Díez Sastre (2018a); Franch i Saguer (2021).

miento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de refundir en uno sólo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso. Esta modificación, ha generado la necesidad de modificar una serie importante de artículos de la Ley que han resultado afectados por ella aun cuando no tengan relación directa con el recurso especial en materia de contratación”.

La innecesidad de este cambio ha sido destacada acertadamente por la doctrina, puesto que, como ha indicado Martínez López-Muñiz (2011: 323), hubiese bastado con obligar a un necesario plazo de espera para la formalización del contrato y la consiguiente eficacia de este. El objetivo último de la Directiva era asegurar que las legislaciones nacionales disponían de un plazo mínimo razonable para que se pudiera efectuar un control de la adjudicación, antes de llegar a una irreversible ejecución del contrato. La eficacia de los mecanismos de recurso frente a posibles infracciones de las normas sustantivas requería que, en caso de declararse las mismas, estas pudieran corregirse. No puede desconocerse que la jurisprudencia del TJUE ha contribuido a interpretar que la Directiva requería separar adjudicación y celebración¹⁸. Sin embargo, el respeto al objetivo de la Directiva podría alcanzarse si las legislaciones nacionales aseguraban la posibilidad de anular la decisión del órgano de contratación de adjudicación o de celebración del contrato antes de que fuera ejecutado. Esta finalidad de la Directiva se cumplía en un sistema como el español, aplicando un plazo de espera razonable a la separación que siempre ha existido entre la adjudicación y la formalización, “sin necesidad de que la primera pierda su real carácter constitutivo ni ésta lo adquiera en su lugar” (Martínez López-Muñiz, 2011: 334). Ya que, como se ha indicado, la perfección del contrato en derecho español nunca ha impedido la impugnación de la adjudicación y la consiguiente corrección de la infracción, que es lo que pretendía justamente la Directiva de Recursos (como expresan el considerando 2.º de la Directiva 85/655/CEE: “Considerando que

18. En particular, nos referimos a la ya citada STJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión de las Comunidades Europeas c. España, comentada *in extenso* por Moreno Molina (2010a). El TJUE, al analizar la compatibilidad del derecho español con las directivas de recursos, consideró que, “en la medida en que el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato” (ap. 42).

los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”; y el considerando 4.º, del que se destaca la referencia a la irrelevancia del momento en que se perfeccione el contrato: “[...] procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión, *independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato*”).

Lo relevante, en definitiva, es la posibilidad de impugnar el acto de adjudicación antes de la firma del contrato, sea cual sea su naturaleza, constitutiva o simplemente *ad probationem*.

En cualquier caso, con la reforma, la formalización del contrato se configura no solo como un requisito de eficacia del contrato, que era la función que cumplía antes de la reforma (art. 140.4 Ley 30/2007 en su versión original), sino como un requisito de la existencia misma del contrato. De esta manera se pierde la que constituye, según Martínez López-Muñiz (2011: 325), “una particularidad específica de la contratación pública, indesligable de la peculiar naturaleza y posición jurídica en el Estado de Derecho de la Administración pública. Los contratos que constituye la Administración con sujetos (privados o públicos) [...] se constituyen realmente, y sólo deben poder constituirse, por la unilateral voluntad de la Administración contratante [...] Administración y contratista no contribuyen al nacimiento del contrato del mismo modo, con idéntica fuerza jurídica, porque entre ambos, en relación con cada contrato público, media una relación previa que envuelve a otros legítimamente interesados y que comporta una clara desigualdad de posiciones entre la Administración y los administrados posibles contratistas”.

3.2. La depuración de los vicios de nulidad del contrato

Una vez trasladada la perfección del contrato a la formalización era necesario establecer unas vías de recurso eficaces y regular los mecanismos necesarios para garantizar la ineficacia del contrato si se había producido algún vicio en la fase preparatoria del mismo o en la adjudicación. En aplicación de la teoría general de la nulidad, que vincula su declaración con la ineficacia, el legislador español incorporó las causas especiales de ineficacia contractual previstas en las directivas de recursos entre las causas de nulidad (Santamaría Pastor, 2004; Díez Sastre, 2018a), y estableció una peculiar combinación entre los nuevos y los tradicionales mecanismos previstos para su depuración.

El peculiar papel de la Administración en materia de contratos del sector público se proyecta también en los tradicionales modos de depuración de los vicios de nulidad del contrato, puesto que, junto a las vías de recurso ordinario superadas por la regulación del recurso especial en materia de contratos, incluye la revisión de oficio.

3.2.1. La revisión de oficio

La regulación de la revisión de oficio en materia contractual está relacionada precisamente con esta particularidad de la contratación pública, que permite a la Administración revisar el acto administrativo unilateral, ya sea preparatorio o de adjudicación del contrato. Sin embargo, junto a estos actos administrativos, el artículo 34 de la Ley 30/2007 introdujo también la posibilidad de revisar de oficio los contratos de las Administraciones públicas sujetos a regulación armonizada¹⁹. Ello sin perjuicio de la posibilidad de declarar nulos actos de ejecución del contrato, pero que siguen reuniendo la nota de ser actos unilaterales de la Administración (art. 35.2 Ley 30/2007).

3.2.2. El recurso especial en materia de contratos

Junto a este mecanismo tradicional de depuración de los vicios de nulidad por la propia Administración, la Ley 34/2010 introdujo un nuevo recurso especial administrativo de carácter precontractual, resuelto por un órgano especializado e independiente del órgano de contratación. El carácter precontractual con el que se configuró inicialmente este recurso implicaba que su objeto se limitaba únicamente a la impugnación de los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos²⁰.

19. El artículo 34 de la Ley 30/2007 establece que "la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

20. De acuerdo con el artículo 310.2 de la Ley 30/2007: "Podrán ser objeto de recurso los siguientes actos: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores; c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores".

La doctrina administrativista ha analizado con detalle las novedades que supone este recurso respecto de la regulación anterior²¹, tanto en términos procedimentales como en términos subjetivos, destacando la importancia de la creación de los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC)²².

A los efectos de este trabajo interesa destacar ahora que, con el fin de garantizar la eficacia de las resoluciones de los TARC, la reforma introdujo la suspensión automática del procedimiento de contratación derivada de la interposición del recurso especial. Así, como se ha avanzado, según el artículo 315 de la Ley 30/2007, relativo a los efectos derivados de la interposición del recurso: “Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación”.

3.2.3. La fugaz existencia de la cuestión de nulidad

Como complemento del recurso especial y para depurar los vicios de nulidad que afectasen a los contratos sujetos a regulación armonizada, en relación con determinados supuestos especiales de nulidad, el artículo 39 de la Ley 30/2007, introducido por la Ley 34/2010, reguló la cuestión de nulidad (Liñeira Piñeiro, 2011). La cuestión de nulidad, que podía plantearse por los interesados ante el órgano competente para resolver el recurso especial, se mantuvo durante la vigencia del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF), y ha desaparecido con la nueva LCSP. A los efectos de este trabajo interesa destacar que existe una relación directa entre la regulación de la cuestión de nulidad y los supuestos especiales de nulidad para los contratos sujetos a regulación armonizada, entre los que se encuentra la formalización del contrato con infracción de la suspensión automática.

3.3. Los supuestos especiales de nulidad contractual

La reforma introducida por la Ley 34/2010 estableció cinco nuevos supuestos especiales de nulidad de los contratos sujetos a regulación armonizada en el artículo 37.1 de la Ley 30/2007²³. Entre estos nuevos supuestos, se introdu-

21. Noguera de la Muela (2009); Bernal Blay (2010); Gimeno Feliu (2011).

22. Véase el número especial, dedicado a los tribunales administrativos de recursos contractuales, publicado en 2010 en la revista *Documentación Administrativa*, así como, entre otros: Bernal Blay (2011); Tornos Mas (2011); Gimeno Feliu (2013).

23. Sobre ello véanse: Moreno Molina (2010b); Díez Sastre (2018a); Franch i Saguer (2021).

jo en la letra c) el supuesto que motiva este trabajo. Señala el precepto lo siguiente:

“Los contratos sujetos a regulación armonizada [...] serán nulos en los siguientes casos:

[...]

c) Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 310 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido”.

A diferencia de los restantes supuestos especiales de nulidad, que afectan al acto de adjudicación o a sus actos preparatorios, la letra c) afecta exclusiva y directamente a la formalización indebida del contrato.

Los efectos de la declaración de nulidad derivada de los supuestos especiales regulados en el artículo 37 de la Ley 30/2007 se regulan en el artículo 38.1, que establece lo siguiente: “La declaración de nulidad por las causas previstas en el artículo anterior producirá los efectos establecidos en el artículo 35.1 de esta Ley”. A su vez, según el artículo 35.1 de la Ley 30/2007, en su redacción dada por la Ley 34/2010: “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”. Los términos de la regulación de los supuestos especiales de nulidad previstos para los contratos sujetos a regulación armonizada se mantuvieron en el TRLCSP, y han sufrido algunas modificaciones con la aprobación de la nueva LCSP.

4. Régimen jurídico vigente

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), conforme declara su preámbulo, “mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público”. Sin embargo, como se verá, ello es solo parcialmente cierto, puesto que los supuestos especiales

de nulidad se extienden a todo tipo de contratos y se suprime la cuestión de nulidad (Arévalo Gutiérrez, 2017: 43).

4.1. La suspensión de la formalización del contrato derivada de la interposición del recurso especial

Consolidando las modificaciones derivadas de la incorporación de las directivas de recursos, y con el fin de garantizar la eficacia de las resoluciones de los TARC, la LCSP prevé, como efecto inmediato de la interposición del recurso especial frente a la adjudicación de un contrato, la suspensión de los efectos de la adjudicación. En concreto, el artículo 53 de la LCSP dispone lo siguiente: “Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación [...]”.

Los TARC también pueden acordar la suspensión como medida cautelar²⁴. Sin embargo, el órgano que conoce del recurso puede levantar esa suspensión en el plazo de cinco días hábiles siguientes a su interposición, que es el mismo para alegaciones de los interesados, y la suspensión automática se entiende vigente mientras no se dicte una resolución expresa acordando el levantamiento²⁵.

4.2. La nulidad de la formalización del contrato sin respetar la suspensión

La LCSP ha trasladado las causas especiales de nulidad previstas solo para los contratos sujetos a regulación armonizada en el artículo 37 de la Ley

24. Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el art. 49 de la LCSP, cuyo primer apartado dispone: “Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”.

25. Según el art. 56.3 LCSP:

[...] dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

De forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso.

Asimismo, en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento”.

30/2007, y que eran susceptibles de recurso ante los TARC mediante la cuestión de nulidad, a la regulación general de la invalidez de los contratos. Con ello se introducen diversos problemas en la sistemática de la ley, que se analizarán más adelante. En todo caso, obsérvese que, de acuerdo con el artículo 38 de la LCSP, los contratos celebrados por los poderes adjudicadores serán inválidos cuando concurra en ellos alguna de las causas previstas en el derecho civil, cuando la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado o “cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”.

Las causas de nulidad previstas en el artículo 39 de la LCSP deberían referirse, pues, a los actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 39.2.e) de la LCSP, son nulos de pleno derecho, además, los contratos celebrados por los poderes adjudicadores en los que se ha “llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto”.

4.3. Los procedimientos para declarar la nulidad del contrato

La nueva LCSP, como se ha indicado, suprime la cuestión de nulidad, a la que se encontraba particularmente vinculada la causa que venimos analizando. Por ello cabe preguntarse por el procedimiento o los procedimientos previstos para conocer los supuestos especiales de nulidad incorporados ahora en el régimen general de invalidez de los contratos del sector público. El tenor literal de la exposición de motivos de la LCSP podría llevarnos a la conclusión de que las causas de nulidad incorporadas a raíz de las directivas de recursos únicamente son susceptibles de ser declaradas mediante el recurso especial, puesto que en la misma se indica lo siguiente: “Dentro del Libro I se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación; y se mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de contratación”.

A pesar de lo indicado por el legislador en la exposición de motivos no resulta evidente, de acuerdo con el artículo 44.2 LCSP, relativo a las actuaciones objeto de recurso, que la formalización del contrato sin respetar el

plazo de suspensión pueda ser objeto del recurso especial de revisión, pues esta causa no está prevista en ninguno de los supuestos contemplados en este precepto.

En relación con la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.d) LCSP (formalización del contrato sin respetar el plazo de espera previsto en el artículo 153.3 LCSP), la Resolución 1203/2018, de 28 de diciembre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, inadmitió el recurso especial contra la formalización del contrato, porque interpretó que la formalización del contrato no es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación: “Ni el TRLCSP ni la LCSP mencionan este supuesto al enumerar los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, ni el mismo resulta asimilable a ninguno de los supuestos que expresamente enumera la Ley [...] En consecuencia, el legislador sólo consideró recurrible, en lo que ahora interesa, el acto de adjudicación –en cuanto declaración administrativa que decide de forma definitiva la persona física o jurídica a la que se encarga la ejecución del contrato licitado–, y determinados actos de trámite cualificados entre los que no cabe entender incluida la formalización, pues la misma no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, sino que documenta lo en ella acordado, dando lugar a la perfección del contrato (artículo 36.1 LCSP). Por su parte, el vigente artículo 44.2 de la LCSP amplía la relación de actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, pero mantiene, en lo que aquí interesa, el recurso contra los acuerdos de adjudicación (sin mencionar los acuerdos o documentos de formalización del contrato) [...] En definitiva, es el acuerdo de adjudicación (y no el posterior documento de formalización del contrato) el acto definitivo de resolución de la licitación que la Ley ha considerado susceptible de recurso especial en materia de contratación, previendo el legislador que la subsiguiente formalización (por la que se documenta lo ya resuelto en el acuerdo de adjudicación) no pueda adoptarse hasta transcurridos quince días hábiles desde la remisión de la resolución de adjudicación a los licitadores (artículo 153.3 de la LCSP), y ello precisamente porque tal es el plazo legalmente previsto para la eventual interposición de eventuales recursos especiales contra el acuerdo de adjudicación. *Por ese mismo motivo el artículo 39.1.d) de la LCSP califica como causa de nulidad de derecho administrativo la inobservancia, por el órgano de contratación, del plazo establecido para la formalización (si se dan las circunstancias indicadas en dicho precepto) pues, se insiste, sólo la adjudicación es susceptible de recurso especial, y hasta que no transcurra el plazo para la interposición de dicho recurso no cabe proceder a la formalización, contra la que no se contempla la interposición de recurso*” (la cursiva es nuestra).

Ante la claridad del texto legal, no puede admitirse una doble opción de recurso (contra la resolución de adjudicación, y contra el posterior documento de formalización del contrato), pues, como se ha indicado, solo es legamente admisible el recurso contra los acuerdos de adjudicación, siendo así que la empresa recurrente ya interpuso en su día recurso especial contra la resolución de adjudicación del presente contrato, que fue íntegramente desestimado por este Tribunal. Cabe añadir que, en este sentido, ya se pronunció el Tribunal en su Resolución 327/2017, de 6 de abril, en la que se declaró que “la formalización del contrato, último acto adoptado por el órgano de contratación y que supone el comienzo de su eficacia, no forma parte de los actos objeto de impugnación por la vía del recurso especial que prevé el artículo 40.2 del TRLCSP, aunque lo sea el acto de adjudicación”.

En cambio, la Resolución 26/2020, de 29 de enero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público sostiene:

“Aquesta causa de nul·litat, emparada durant la vigència de la normativa de contractació pública anterior en la qüestió de nul·litat, s’ha de considerar ara inserida, sota la vigència de la LCSP, en el recurs especial en matèria de contractació. [...]”.

Esta disparidad de criterios mantenida por los TARC tiene consecuencias en la dinámica de funcionamiento de estos órganos de recursos y en las impugnaciones de los licitadores basadas en la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP²⁶.

5. La revisión de oficio

Las dudas que plantea la admisibilidad de esta causa de nulidad en vía de recurso especial convierten en particularmente relevante la cuestión acerca de las otras vías posibles. En concreto, es necesario dilucidar si una interpretación sistemática de los sistemas de revisión de las decisiones de los poderes adjudicadores permite deducir que las causas especiales de nuli-

26. Como puede verse en el Informe de resultados de los cuestionarios enviados a los TARC en el marco del proyecto de investigación que da origen a esta publicación, la mayoría de los TARC encuestados (el 78,26 %), cuando traslada a las partes que se ha presentado un recurso especial contra la adjudicación, les recuerda que opera de forma automática la suspensión prevista en el art. 53 de la LCSP. No obstante, únicamente el 20 % de los TARC encuestados han recibido impugnaciones basadas en la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP. Queda pendiente realizar un estudio en profundidad de las resoluciones adoptadas por los TARC con base en esta causa. Puede resultar de ayuda que casi la mitad de los TARC encuestados (el 39,13 %) realizan un seguimiento sobre el cumplimiento de la obligación de suspensión, automática o acordada por un TARC, derivada de la interposición de un recurso especial.

dad y, por tanto, también la prevista en el artículo 39.2.e) LCSP, puedan ser conocidas por la vía de la revisión de oficio. Esto es, en el caso de producirse la formalización del contrato sin respetar la suspensión automática o la suspensión acordada por el TARC, si los particulares afectados pueden instar o si la Administración puede iniciar un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad del contrato.

El artículo 41 LCSP regula la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos, y establece que dicha revisión se efectuará de conformidad con lo establecido en la legislación general de procedimiento administrativo, sin prever ninguna particularidad respecto a los contratos sujetos a regulación armonizada, debido a la supresión de las causas especiales de nulidad²⁷.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos, la revisión de oficio es un mecanismo excepcional de revisión de actos firmes que solo procede en los supuestos de nulidad absoluta previstos expresamente por el ordenamiento jurídico, y su aplicación requiere una interpretación estricta de los vicios de nulidad por parte de la Administración y que no exista una alternativa prevista por el legislador para restablecer la legalidad presuntamente infringida (Font i Llovet, 2019; Galán Galán, 2019). Cuando la revisión de oficio se aplica a actos administrativos dictados en un procedimiento contractual, resulta que es el propio órgano de contratación quien valora la concurrencia de la causa de nulidad y declara, en su caso, la nulidad del acto administrativo objeto de revisión. Esta circunstancia contrasta con una de las exigencias de las directivas sobre recursos, basada en la necesidad de que sea un órgano independiente del órgano de contratación el que controle la legalidad del procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos. Sin embargo, contradiciendo las sospechas del legislador europeo, los órganos de contratación no parecen tener reparos en activar esta causa de nulidad si observan que han formalizado indebidamente o extemporáneamente el contrato. Para declarar la nulidad del contrato, de acuerdo con la remisión efectuada por el artículo 41.1 de la LCSP a lo establecido en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es necesario el dictamen previo favorable del Consejo de Estado u órgano

27. Con una redacción equivalente a su precedente inmediato, el art. 41.1 de la LPAC establece: "La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

consultivo equivalente de la comunidad autónoma. Es en este contexto en el que se emiten los dictámenes que se comentan en el apartado siguiente.

5.1. La posición de algunos órganos consultivos autonómicos

El Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 72/2017, informó favorablemente sobre la revisión de oficio de los contratos de transporte escolar de los centros docentes públicos de la provincia de Almería realizados por la persona titular de la Gerencia Provincial de Almería, de la Agencia Pública Andaluza de Educación, por delegación. La causa de nulidad propuesta por el órgano de contratación era la prevista en el artículo 37.1.c) TRLCSP, porque el contrato se había formalizado sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión de los actos de adjudicación recurridos. El órgano consultivo constató que concurría en el caso la referida causa de nulidad, y declaró que la nulidad afectaba a los contratos mismos, ya que, desde la reforma de la Ley 30/2007, los contratos se perfeccionaban con su formalización; y que las adjudicaciones no resultaban afectadas por la declaración de nulidad, de manera que, de confirmarse su legalidad por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, bastaría con formalizar los contratos:

“Las empresas afectadas no alegan nada en el procedimiento, si bien una de ellas considera que la nulidad lo es de la formalización del contrato, pero no de la adjudicación y la propuesta de resolución así se pronuncia. Sin embargo, tal apreciación sólo es correcta en el sentido de que las adjudicaciones no pueden verse afectadas por la declaración de nulidad, adjudicaciones que por lo demás y tal y como se ha señalado ya están recurridas ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales. Pero no lo es en el sentido de que la nulidad lo es de los contratos, tal y como establece el artículo 37.1 del TRLCSP, pues los contratos administrativos, desde la reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, se perfeccionan con su formalización, tal y como ahora recoge el artículo 27.1 del TRLCSP. En consecuencia, los contratos son nulos de pleno derecho por concurrir en ellos el supuesto de nulidad contractual previsto en el artículo 37.1.c) del TRLCSP, sin perjuicio de la subsistencia de las adjudicaciones, lo que significa que de confirmarse finalmente la legalidad de las referidas adjudicaciones, bastaría con formalizar los contratos” (FJ 3.º).

El Dictamen 115/2021 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña también se pronunció en un procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Mataró para declarar nulo el contrato de suministro e instalación de cámaras de videovigilancia, con base en la misma causa de nulidad en el artículo 39.2.c) LCSP, aplicable por razones temporales al caso. La Comisión constató que en el momento de emitirse el dictamen el Tribunal Catalán de Contratos (TCC) había dictado la Resolución 5/2021, de 14 de enero, por la que se había resuelto el recurso especial contra la adjudicación del contrato, y por la que se había declarado nula la adjudicación de uno de los dos lotes del contrato, el lote 1. El TCC no entró en el fondo sobre la legalidad de la adjudicación del lote 2, porque había negado la legitimación activa de la empresa recurrente, la cual había sido excluida de la licitación. El TCC había levantado la suspensión de la adjudicación, por lo que la adjudicación del lote 2 había recuperado la eficacia.

La Comisión Jurídica Asesora constató en primer lugar los problemas que presenta la aplicación del procedimiento de revisión de oficio a un supuesto en el que el objeto de la revisión es la formalización del contrato por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 39.2.e) LCSP. Estos problemas derivan tanto de los antecedentes normativos de esta causa en las directivas de recursos, y de la finalidad perseguida por el legislador comunitario, como de la configuración legal y dogmática de la revisión de oficio en derecho español.

En cuanto a la respuesta concreta que la Comisión Jurídica Asesora dio a la procedencia de la revisión de oficio en el caso, la Comisión distinguió entre los dos lotes del contrato:

Respecto al lote 1, concluyó que no era procedente la revisión de oficio, porque en cuanto que el TCC había declarado nula la adjudicación de este lote, el contrato también lo era, parcialmente, como consecuencia de la aplicación del artículo 42.1 LCSP, que establece la nulidad del contrato como consecuencia de la declaración de nulidad del acto de adjudicación cuando la declaración de nulidad sea firme:

“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

También lleva a esta conclusión el artículo 22.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre:

“En los términos previstos en el artículo 39.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el órgano competente podrá inadmitir la cuestión de nulidad cuando previamente se haya interpuesto recurso contra alguno de los actos recurribles de conformidad con el artículo 40.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aún en el caso de que el órgano de contratación o la entidad contratante hubieran formalizado el contrato con incumplimiento del plazo de espera previsto en el artículo 156.3 o de la suspensión automática o de la acordada por el órgano competente para resolver el recurso.

En tales casos, la estimación del recurso comportará la nulidad del contrato formalizado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1 del texto refundido mencionado, con los efectos que en el mismo precepto se prevén”.

Respecto al lote 2 del contrato, la Comisión consideró procedente la revisión de oficio de la formalización del contrato con base en la siguiente argumentación:

“També s’ha indicat que el TCC, per motius procedimentals, no s’ha pronunciat sobre la validesa de l’adjudicació del lot 2, la qual, amb la resolució del recurs, en què s’aixeca la suspensió automàtica de l’adjudicació (art. 57.3 de l’LCSP), n’ha recuperat l’eficàcia.

Per tant, havent constatat que el contracte es va formalitzar infringint la suspensió automàtica del procediment que preceptua l’article 53 de l’LCSP, aquesta Comissió considera que és procedent que l’òrgan de contractació declari la nul·litat parcial de la formalització del contracte respecte al lot 2, perquè incorre en la causa de nul·litat de l’article 39.2.e) de l’LCSP. Com ja s’ha advertit, la declaració de nul·litat parcial de la formalització del contracte té com a conseqüència, en virtut de l’article 39.2 de l’LCSP, la nul·litat, també parcial, del contracte respecte al lot 2. En relació amb la validesa dels actes anteriors a la formalització, cal tenir en compte el que disposa l’article 51 de l’LPAC –conservació d’actes i tràmits–:

‘L’òrgan que declari la nul·litat o anul·li les actuacions ha de disposar sempre la conservació d’aquells actes i tràmits el contingut dels quals s’hauria mantingut igual si no s’hagués comès la infracció.’

Del precepte transcrit es deriva que, en aquest cas, l'òrgan de contractació ha de disposar la conservació de l'adjudicació del lot 2 i dels seus actes preparatoris, perquè el seu contingut no resulta afectat per la infracció de l'article 39.2.e) de la LCSP.

No obstant això, aquesta Comissió constata que el TCC no s'ha pronunciat sobre la validesa de l'adjudicació de lot 2 per motius estrictament procedimentals i que la raó per la qual l'adjudicació de lot 1 és nul·la segons el TCC –falta d'habilitació empresarial o professional quan sigui exigible per a la realització de l'activitat o prestació objecte del contracte– resultaria aplicable també en el cas de l'adjudicació del lot 2. En tot cas, això hauria de ser objecte d'un nou procediment de revisió d'ofici.

La conclusió final del Dictamen és que només és procedent la revisió d'ofici de la formalització del contracte respecte al lot 2, que porta aparellada la nul·litat parcial del contracte respecte al lot 2".

Los dos supuestos analizados, en los que ha sido la propia Administración quien ha iniciado un procedimiento de revisión de oficio cuando ha advertido haber formalizado un contrato vulnerando la suspensión automática derivada de la interposición de un recurso especial ante el TARC, ponen en evidencia las debilidades de este mecanismo, tanto desde una perspectiva dogmática como desde una perspectiva práctica.

5.2. Aspectos problemáticos desde una perspectiva dogmática

Las causas especiales de nulidad, entre las que se encuentra la prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP, incorporadas ahora junto a los demás supuestos de invalidez de los contratos, pretenden reforzar la eficacia de las resoluciones de los TARC. Se pretende que, durante la tramitación de un recurso especial derivada de la impugnación de una adjudicación que supuestamente no ha respetado las reglas de publicidad y libre concurrencia previstas en las directivas, esta no llegue a desplegar efectos. La cuestión que se plantea es si la nulidad de la formalización del contrato que no respeta la suspensión automática o acordada por un TARC sirve efectivamente a esa finalidad, y si puede adoptarse por la propia Administración vía revisión de oficio.

5.2.1. El objeto de la revisión

La revisión de oficio está prevista con carácter general en la LPAC para declarar la nulidad de actos administrativos. En la legislación de contratos, ade-

más, se reconoce expresamente la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos (art. 41.1 LCSP) con el objeto de extender su aplicación no solo a los actos de las Administraciones públicas, sino también a los actos de los poderes adjudicadores que no poseen esta consideración (art. 41.2 LCSP)²⁸. El objeto de revisión es siempre, de acuerdo con la legislación general de procedimiento administrativo, un acto unilateral (administrativo o normativo). Aunque la declaración de nulidad recae sobre el acto preparatorio o el acto de adjudicación, en nuestro ordenamiento jurídico, los efectos de la declaración de nulidad se extienden al contrato en los términos previstos por el artículo 42.1 de la LCSP²⁹.

Así pues, se constata, por un lado, que el efecto buscado por el artículo 39.2.e) de la LCSP se alcanza igualmente con la extensión de los efectos de la nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación regulada en el artículo 42.1 de la LCSP, y, por otro lado, que la revisión de oficio no está pensada para actos bilaterales, que requieran un acuerdo de voluntades.

La formalización del contrato constituye la manifestación por excelencia de un acto bilateral. Solamente considerando, desde una interpretación ciertamente forzada de la distinción entre actos unilaterales y bilaterales, que es posible diferenciar un acto de formalización que exprese la voluntad de cada una de las partes por separado, podría interpretarse que el objeto de la revisión es el acto de formalización adoptado por la Administración, encontrándose así un encaje entre la causa de nulidad regulada en el artículo 39.2.e) de la LCSP y la revisión de oficio. Superado este obstáculo, lo cierto es que el artículo 41.1 de la LCSP, referido a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación, no excluye que puedan revisarse otros actos. En cualquier caso, la revisión de oficio de la formalización del contrato cumple la finalidad perseguida por el legislador, que ha calificado como nulo de pleno derecho el contrato formalizado indebidamente con infracción de la suspensión automática.

28. De acuerdo con el art. 41.2 LCSP: "A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior".

29. Según el art. 42.1. LCSP: "La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido".

En este sentido se pronuncia la Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 115/2021:

“A més, com que la revisió d'ofici és un procediment previst per a declarar nuls els actes unilaterals de l'Administració que presenten vicis especialment greus, però, en cap cas, els contractes, cal reafirmar que l'únic acte que pot ser objecte de revisió, quan s'invoquen les causes de l'article 39.2 de l'LCSP que afecten la formalització del contracte, és l'acte de formalització adoptat per l'Administració, el qual, en cas d'incórrer en el supòsit de l'article 39.2.e), porta aparellada la nul·litat de ple dret del contracte, d'acord amb el que preceptua l'article 39.2: 'Són igualment nuls de ple dret els contractes subscrits per poders adjudicadors en els quals concorri alguna de les causes següents: [...].'

Aquesta interpretació encaixa en la literalitat de l'article 41.1 de l'LCSP, perquè aquest precepte, en admetre la revisió d'ofici dels actes preparatoris i dels actes d'adjudicació dels contractes, no porta necessàriament a considerar que els actes que esmenta són els únics revisables. De fet, l'article 42 de l'LCSP, quan regula els efectes de la declaració de nul·litat, es refereix a la nul·litat dels actes no preparatoris del contracte, expressió que inclou els actes d'execució del contracte.

A més, admetre la revisió d'ofici de l'acte de formalització del contracte compleix, en tot cas, la finalitat perseguida pel legislador, que ha qualificat com a nul de ple dret el contracte formalitzat indegudament amb infracció de la suspensió automàtica del procediment de contractació”.

Esta vinculación entre la nulidad del contrato, por haberse formalizado infringiendo el plazo de suspensión automática, y la eficacia del recurso especial contra el acto de adjudicación, también está presente en el Acuerdo 2/2015, de 8 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

“[...] Cuestión distinta sería de darse el supuesto de formalización indebida cuando ya se ha interpuesto el recurso especial sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación, en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido. En este caso, para garantizar el efecto útil del recurso especial y evitar actuaciones en fraude a su operatividad, la declaración de nulidad del contrato indebidamente formalizado deviene ineludible; aunque el TRLCSP prevé que tal nulidad puede con-

llevar únicamente la imposición de sanciones alternativas, sin que estas infracciones graves del Derecho de la Unión Europea tengan necesariamente que afectar al contrato perfeccionado”³⁰.

El Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se había pronunciado en términos similares al resolver un recurso especial contra el acto de adjudicación de un contrato que ya se había formalizado:

“Es cierto que el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación. Sin embargo, *para garantizar el efecto útil del recurso*, y atendiendo a los principios de *favor actionis* y de economía procedimental, conviene acumular a este recurso la acción de nulidad —que no la cuestión de nulidad— derivada de nuestra resolución, tal y como aparece en el *petitum* de la UTE recurrente. Opción compatible con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no”.

La falta de adecuación de la causa de nulidad regulada en el artículo 39.2.e) de la LCSP al objeto propio de la revisión de oficio no es, sin embargo, el único problema dogmático que se plantea en este caso. También la relevancia del vicio es problemática en términos dogmáticos.

5.2.2. La causa de nulidad invocada

La revisión de oficio está pensada para causas de nulidad radical, para infracciones especialmente graves del ordenamiento. En este caso la nulidad atañe a un vicio meramente formal. Además, a diferencia de la regulación prevista en la Directiva de Contratos, esta causa no se vincula a la existencia de una causa de nulidad que afecte a la adjudicación³¹.

30. Citan este acuerdo la Resolución 1158/2018, de 17 de diciembre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Resolución 13/2016, de 25 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

31. El considerando 18 de la Directiva 2007/66 aclara: “Los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato”. Sobre esta cuestión, Gallego Córcoles (2011: 288).

Se constata, por tanto, que la Directiva 2007/66/CE no pretendía que los Estados miembros configuraran la formalización anticipada del contrato como una causa de nulidad independiente de la nulidad de la adjudicación, sino como una garantía de su eficacia³². Nótese que estaba previsto que fuera el propio órgano competente para decidir sobre el recurso contra el acto de adjudicación el que declarara la ineficacia de la formalización, o que esta se derivara de su decisión sobre la invalidez del acto de adjudicación del contrato.

Se advierte, de acuerdo con las resoluciones de tribunales de contratación dictadas sobre la causa de nulidad objeto de este trabajo, que los TARC consideran que la desestimación del recurso especial contra la adjudicación del contrato deja sin efecto la (antigua) cuestión de nulidad, o motiva la inadmisión del recurso especial contra la formalización del contrato:

De acuerdo con la Resolución 170/2012, de 3 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dictada bajo la vigencia del TRLCSP:

“Pues bien, sin perjuicio de que deba declararse que del TRLCSP no resulta ninguna causa que justifique que el órgano de contratación no respete el efecto suspensivo que la interposición del recurso especial contra la resolución de adjudicación produce o no espere a que este Tribunal se pronuncie sobre el mantenimiento de dicha suspensión, la presente cuestión de nulidad ha quedado sin objeto como consecuencia de la resolución dictada en el recurso especial 152/2012 formulado contra la resolución de adjudicación del Lote 1 del expediente de contratación de los ‘servicios de vigilancia y servicios auxiliares’ en las instalaciones de Torrejón de Ardoz (expediente 500082016200), en la que se ha desestimado el mismo, confirmando en todos sus extremos el acto impugnado y dejando sin efecto la suspensión producida de conformidad al artículo 45 del TRLCSP, por lo que procede desestimar la cuestión de nulidad planteada por haber quedado sin objeto”.

Asimismo, según la Resolución 26/2020, de 29 de enero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público:

“3. En los términos previstos en el artículo 39.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el órgano competente podrá inad-

32. Como señala Martínez López-Muñiz (2011: 341): “Cuatro de los cinco supuestos especiales de nulidad del nuevo artículo 37, aplicables a los contratos de regulación armonizada, se refieren vicios de la adjudicación, y el quinto se justifica asimismo en la eficacia de su control de legalidad”.

mitir la cuestión de nulidad cuando previamente se haya interpuesto recurso contra alguno de los actos recurribles de conformidad con el artículo 40.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aún en el caso de que el órgano de contratación o la entidad contratante hubieran formalizado el contrato con incumplimiento del plazo de espera previsto en el artículo 156.3 o de la suspensión automática o de la acordada por el órgano competente para resolver el recurso.

En tales casos, la estimación del recurso comportará la nulidad del contrato formalizado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1 del texto refundido mencionado, con los efectos que en el mismo precepto se prevén [...]”.

En la configuración prevista por el legislador europeo esta causa de nulidad es, de acuerdo con la dogmática tradicional, un supuesto de anulabilidad que quedaría fuera del objeto de la revisión de oficio, que únicamente resulta procedente en supuestos de nulidad de pleno derecho.

5.3. Aspectos problemáticos desde una perspectiva práctica

Junto a las dificultades dogmáticas de encajar la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP en el procedimiento de revisión de oficio, cabe preguntarse sobre su procedencia, ponderando las ventajas que pueda suponer en aras de garantizar la eficacia de las resoluciones de los TARC con los inconvenientes que puedan derivarse de su aplicación, en el caso en que se declare la nulidad de un contrato por esta causa sin que concurra una causa sustantiva de nulidad de la adjudicación.

5.3.1. El perjuicio para el interés público derivado de un exceso de formalismo

La desvinculación entre la declaración de nulidad por la formalización extemporánea del contrato y la eventual nulidad por razones de fondo, vinculadas a una licitación o una adjudicación que contravenga el derecho de la Unión Europea, parece contraria al interés público inherente en el mantenimiento de las prestaciones propias del contrato. Esto es, de aplicarse de forma automática la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP, puede ocurrir que el órgano de contratación declare la nulidad del contrato por una formalización que no ha respetado el plazo de suspensión del recurso especial, y que el TARC resuelva el recurso considerando

que no se han incumplido los principios de publicidad y libre concurrencia. Parecería más razonable, como ha señalado la doctrina (Gallego Córcoles, 2011: 270; Díez Sastre, 2012: 208), que se hubiese optado por sancionar con la nulidad únicamente los casos en que se infringen también normas sustantivas, siguiendo estrictamente con lo previsto en la Directiva de Recursos, y, en el supuesto de vulneración meramente formal, imponer otro tipo de sanciones.

5.3.2. La falta de equivalencia entre la invalidez y la ineficacia del contrato

En esta línea de reflexiones es necesario recordar, como señaló tempranamente Santamaría Pastor (1975: 73), que ni en el derecho positivo ni en la práctica existe una relación de causalidad entre invalidez e ineficacia. La doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de actos inválidos que, a pesar de ello, producen efectos jurídicos (Cano Campos, 2004). En el ámbito de la contratación pública, como acertadamente ha señalado Díez Sastre (2018b: 74), el legislador admite explícitamente el mantenimiento de los efectos de un contrato nulo cuando se pudiera producir un grave trastorno al servicio público³³. Incluso al margen de este supuesto, en la práctica, un acto inválido puede seguir desplegando efectos, como de hecho ocurre hasta que se declara formalmente su nulidad. Y esta declaración formal no depende únicamente de la concurrencia de las causas legalmente previstas, sino también de otras circunstancias, susceptibles de activar la aplicación de los límites de la revisión de oficio regulados en el artículo 110 de la LPAC (Menéndez Sebastián, 2020: 47).

En el ámbito dogmático la validez es un concepto susceptible de aplicación dicotómica, en la medida en que, de acuerdo con la norma de juicio de validez, un acto únicamente puede ser válido o no serlo (Díez Sastre, 2018c: 118). Sin embargo, la eficacia formal, entendida como la aptitud o potencia de surtir efectos, es un concepto que exige un juicio de ponderación (Rodríguez de Santiago, 2016: 26). A su vez, la eficacia formal debe distinguirse de la eficacia material, que es una noción que equivale a la efectividad o al surtimiento de los fines o efectos deseados (Vaquer Caballería, 2011: 102). El legislador europeo pretende que los contratos adjudicados vulnerando las directivas de contratación no surtan efectos, y eso, como se acaba de in-

33. En concreto, el art. 42.3 de la LCSP establece: "Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio". Sobre ello, Moreno Molina (2010c: 161).

dícar, no se consigue de forma inmediata con la causa de nulidad analizada en este trabajo.

En el caso que nos ocupa, la eventual declaración de nulidad de un contrato perfeccionado no impide, *de facto*, que el mismo haya venido produciendo efectos desde su formalización. De modo que, a pesar de que se haya articulado una causa específica de nulidad vinculada a la formalización del contrato, el fin buscado por el legislador europeo —que el contrato no despliegue ningún efecto— no se habría logrado.

Los efectos de la declaración de nulidad de la formalización del contrato serán los establecidos en el artículo 35.1 LCSP, es decir, los mismos que para los supuestos previstos en el régimen general. El contrato entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. En todo caso, si el contrato ya ha sido ejecutado, la declaración de nulidad del contrato no aporta nada a la declaración de nulidad de la adjudicación.

6. Conclusiones

La incorporación de la formalización indebida del contrato, vulnerando la suspensión derivada de la interposición de un recurso especial ante un TARC, como una causa especial de nulidad de los contratos, pone de relieve algunas contradicciones sistemáticas, conceptuales y estructurales de la LCSP.

Como se ha señalado, existe una contradicción sistemática entre la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.e) de la LCSP y los procedimientos para su declaración. La falta de previsión de esta causa entre los actos y acuerdos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación plantea serias dudas. Esta situación abre la puerta, aparentemente, a una eventual declaración de nulidad del contrato mediante el procedimiento de revisión de oficio, a pesar de que dicho procedimiento está pensado únicamente para actos administrativos y para causas de nulidad de pleno derecho —no para un acto bilateral como es la formalización del contrato, ni para una causa de escasa entidad material como es la formalización extemporánea—.

Se constata también que la legislación de contratos arrastra una contradicción conceptual que lleva a confundir la eficacia o ineficacia material

del derecho de la Unión Europea, derivada de la obligación de cumplir el derecho de la UE y de ejecutar las sentencias del TJUE, con la eficacia o ineficacia formal de los contratos.

Las inconsistencias y contradicciones mencionadas derivan en suma de una contradicción estructural entre un derecho administrativo de corte tradicional —que da primacía al interés público que subyace en el mantenimiento de un contrato y que se basa en la confianza en la Administración— y un derecho administrativo de nuevo cuño, fuertemente europeizado —que pretende proteger la libre competencia por encima de cualquier otro tipo de consideraciones y que se articula en torno a la desconfianza en la Administración—.

En el caso que nos ocupa, el legislador europeo no cesa en su empeño de garantizar la eficacia material de los procedimientos de recurso, con el fin último de garantizar el respeto por la igualdad, la transparencia y la libre concurrencia, que están en la base de las directivas de contratación. Las directivas de recursos, partiendo de una desconfianza estructural en la Administración pública, han acabado imponiendo la sustitución de los recursos ordinarios por un recurso especial en el ámbito de la contratación, caracterizado por que su resolución corresponde a un órgano independiente, que tiene los rasgos propios de un órgano jurisdiccional, de acuerdo con el derecho de la Unión Europea.

El resultado de todo ello ha sido, como ya concluyó en su día Santa María Pastor (2016: 101), el desarrollo de un ordenamiento sectorial cada vez más abigarrado y confuso, con el que no se ha conseguido el objetivo último perseguido, que es la creación de un mercado europeo de la contratación pública, y que, en cambio, ha logrado colapsar la contratación pública, por lo menos en el ámbito de las Administraciones locales, que son las que disponen de menos recursos materiales y personales.

7. Bibliografía

- Arévalo Gutiérrez, A. (2017). La revisión de los actos administrativos en materia de contratación: el recurso especial. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 37, 39-88.
- Baño León, J. M.^a (2004). El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (pp. 329-363). Madrid: Civitas.
- Bernal Blay, M. Á. (2005). Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de

- 2005, As. C-84/03 (*Comisión vs. Reino de España*), y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo. *Revista de Administración Pública*, 168, 167-185.
- (2010). Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 100, 31-44.
 - (2011). Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas. *Cuadernos de Derecho Local*, 26, 7-26.
- Cano Campos, T. (2004). *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Cid Villagrasa, B. (2010). Las modificaciones en el régimen de invalidez de los contratos del Sector Público tras la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 23, 101-148.
- Darnaculleta Gardella, M. M. (2021). Rasgos del derecho administrativo contemporáneo. En J. M.^a Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez (coords.). *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I* (pp. 377- 441). Madrid: Marcial Pons.
- De la Sierra Morón, S. (2004). Las “medidas cautelares” en la contratación pública. *Revista de Administración Pública*, 164, 211-230.
- Díez Sastre, S. (2011). El recurso especial en materia de contratación pública. *Anuario de Derecho Municipal*, 5, 127-162.
- (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
 - (2017). Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En F. López Ramon y F. Villar Rojas (coords.). *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (pp. 273-318). Madrid: INAP.
 - (2018a). La invalidez de los contratos públicos. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 571-597). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
 - (2018b). Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, 5, 69-92.
 - (2018c). *La formación de conceptos en el derecho público*. Madrid: Marcial Pons.
- Font i Llovet, T. (2019). La revisión de oficio y la función consultiva en el 40º aniversario del restablecimiento de la Comisión Jurídica Asesora. *Revista española de la función consultiva*, 30-31, 195-205.

- Franch i Saguer, M. (2021). Régimen jurídico y efectos de la declaratoria de invalidez de los contratos públicos en España. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 25, 175-212.
- Galán Galán, A. (2019). Problemas pendientes de la revisión de oficio a la luz de la doctrina de los órganos consultivos. *Revista española de la función consultiva*, 30-31, 109-158.
- Gallego Córcoles, I. (2011). Contratos públicos y régimen “cualificado” de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Observatorio de contratos públicos 2010* (pp. 259-319). Cizur Menor: Civitas, Thomson-Reuters.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (2004). Medidas provisionales. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (pp. 317-327). Madrid: Civitas.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (1995). *El control de la contratación pública*. Madrid: Civitas.
- (2011). El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Observatorio de contratos públicos 2010* (pp. 211-258). Cizur Menor: Civitas - Thomson-Reuters.
 - (2013). Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas: balance y prospectiva. *Revista catalana de dret públic*, 47, 87-102.
 - (2018). La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico eficiente y transparente. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 47-132). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
 - (2021). El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro. *Ius et Veritas*, 62, 111-130.
- Liñeira Piñeiro, J. (2011). Cuestión de nulidade na lei de contratos do sector público. *Revista da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia REXUGA*, 6, 13-24.
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2011). El nacimiento de los contratos públicos: Reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria de recursos. *Revista de Administración Pública*, 185, 323-343.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La necesaria y difícil limitación a la potestad de revisión de la Administración pública. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 22, 47-90.
- Mestre Delgado, J. F. (1991). El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares. *Noticias CEE*, 74, 35-40.

- Moreno Molina, J. A. (2008). La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 10, 49-86.
- (2010a). La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. *Revista General de Derecho Administrativo*, 25.
 - (2010b). Los nuevos supuestos especiales de nulidad de los contratos introducidos en la LCSP por la Ley 34/2010. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 103, 35-42.
 - (2010c). *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*. Getafe: La Ley.
- Noguera de la Muela, B. (2009). El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CEE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE. *Noticias de la Unión Europea*, 298, 95-111.
- Pulido Quecedo, M. (2010). Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual. *Revista Documentación Administrativa*, 288, 65-97.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2010). El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista General de Derecho Administrativo*, 25.
- Razquin Lizarraga, M. M.^a (2015). Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transposición en España. *Revista de Administración Pública*, 196, 97-135.
- Rodríguez de Santiago, J. M.^a (2016). *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Santamaría Pastor, J. A. (1975). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*. Madrid: IEA.
- (2004). La invalidez de los contratos públicos. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
 - (2015). *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
 - (2016). Contratos del sector público y derecho de la Unión Europea. *Revista de Administración Pública*, 200, 83-102.

- Tornos Mas, J. (2011). Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público. En J. M. de la Cuétara Martínez, J. L. Martínez López-Muñiz y F. J. Villar Rojas (coords.). *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz* (pp. 805-826). Madrid: La Ley.
- Valcárcel Fernández, P. (2016). Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016* (pp. 233-290). Madrid: INAP.
- (2020). La especialización o la profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español. En E. Díaz Bravo y J. A. Moreno Molina (dirs.). *Contratación pública global: Visiones comparadas* (pp. 587-615). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vaquer Caballería, M. (2011). El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 186, 91-135.
- Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Administración Local y Autonómica*, 18, 119-136.