

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/CE, POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 89/665/CEE

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.— II. EL SISTEMA DE GARANTÍAS PREVISTO EN LA DIRECTIVA DE «RECURSOS» 89/665/CEE TRAS LA DIRECTIVA 2007/66/CE POR LA QUE SE MODIFICA AQUELLA: BREVE REFERENCIA: 1. La Directiva 89/665/CEE tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE: Comentario general de su contenido: A) El ámbito de aplicación de la Directiva 89/665/CEE. B) Organismos responsables de los procedimientos de recurso. C) El procedimiento de recurso en la Directiva 89/665/CEE, tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE: a) Artículos 2 bis a 2 septies de la Directiva 2007/66/CE.— III. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP): 1. Punto de partida. 2. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007: recurso administrativo especial en materia de contratos (artículo 37 LCSP) y el régimen de medidas provisionales (artículo 38 LCSP): A) El recurso administrativo especial en materia de contratación (artículo 37 LCSP). B) El régimen de medidas cautelares provisionales en materia de contratos (artículo 38 LCSP).— IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA FALTA DE MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO «URGENTE» EN MATERIA DE CONTRATOS.— V. A MODO DE COCLUSIÓN

RESUMEN: La Ley de Contratos del Sector Público introduce una nueva modalidad de recurso en vía administrativa específica para el ámbito de la contratación, así como prevé también la adopción de medidas provisionales, a los efectos de dar respuesta a las obligaciones derivadas de la normativa comunitaria de la contratación. Sin embargo, la regulación prevista es solo parcialmente positiva, el sistema sigue siendo ineficaz, no se arbitra un procedimiento de vigencia para adoptar medidas independientes de la interposición del recurso y se va a potenciar la dualidad jurisdiccional.

Palabras clave: recurso administrativo especial en materia de contratación; medidas cautelares provisionales; Directiva de contratos públicos; contencioso precontractual.

ABSTRACT: The Public Sector Contracts Act introduces a new administrative procedure for appeal in the area of contracting, and also foresees the adoption of provisional measures, in order to respond to the obligations arising from the EU regulations on contracts. However, the legislation is only partially positive. The system continues to be inefficient; it fails to provide an emergency procedure for adopting independent cautionary measures, and it adds to the problem of the existence of two parallel jurisdictions.

Key words: special administrative appeal; provisional cautionary measures; public contracts Directive; pre-contractual dispute.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Haciéndose eco de lo que recogen las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE, desde hace ya unos años el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene declarando la necesidad de que se establezca un sistema de recursos *ad hoc* en el campo de la contratación tal y como manifestó en su Sentencia de 28 de octubre de 1999 (Alcatel) al afirmar que la Directiva «recursos» de 1989 «debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato». Añadiendo que el texto de la Directiva «no puede interpretarse en el sentido de que, no obstante la inexistencia de recurso de anulación contra una decisión de adjudicación de un contrato público, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos están facultados para conocer de recursos en las condiciones enunciadas en esta disposición». Es decir, no basta con la aplicación de los recursos ordinarios que los Estados tengan establecidos para el resto de la actividad administrativa, sino que es preciso que diseñen un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública.

En la actualidad, la Directiva 2004/18/CE, como lo hicieron también sus predecesoras, tiene entre sus objetivos el hacer efectivas en este sector de los contratos públicos la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, garantizando a los operadores

económicos el derecho a participar en absoluta igualdad de condiciones y con total transparencia en las licitaciones públicas que impulsen los poderes adjudicadores de los distintos Estados miembros.

La exigencia de alcanzar tal resultado ha comportado la aprobación de una normativa que vaya más allá de la mera prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad, para extenderse a todos los aspectos que, de alguna manera, pueden dar lugar a una diferenciación en las condiciones, tanto de acceso a la contratación, como de participación en su desarrollo. A este respecto, a través de la referida Directiva y en consonancia con la jurisprudencia comunitaria, se pretende garantizar, en particular, la igualdad de trato entre los participantes en una licitación y la transparencia de esta última en todas las fases del procedimiento de adjudicación, imponiendo incluso —a través de la Directiva 89/665/CEE— la obligación de los Estados miembros de establecer a *escala nacional* los medios de recurso oportunos para hacer efectivo el respeto de dichos principios y libertades. Hoy, debe subrayarse que la efectividad de la aplicación de estos principios se impone en la contratación, además de derivarse del propio Tratado, en que la propia Directiva los introduce y son su fundamento.

Así, las Directivas «procesales» en materia de contratos, la 89/665 y la 92/13, las grandes desconocidas del mundo de la contratación, y auténtica revolución jurídica (1), tienen como objetivo hacer efectiva la apertura de la contratación a la concurrencia, puesto que para que el sistema de contratación funcione es necesario que exista un sistema eficaz de garantías, si no queremos que, como señaló PIÑAR MAÑAS, entre otros, «la normativa comunitaria que tan trabajosamente se ha elaborado y todavía está elaborándose, corra el riesgo de no servir para apenas nada» (2). Recordemos que el punto de partida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la efectividad de la protección, y así lo ha manifestado en numerosas ocasiones, como en la Sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03) cuando afirma:

«Las disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/13, destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular, *en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse*».

(1) RUIZ DE CASTAÑEDA, A., «La contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y telecomunicaciones», en Libro col. *Contratos de las Administraciones Públicas*, Abella, Madrid, 2000, p. 1028; GIMENO FELLU, J.M., *El control de la contratación pública*, Civitas, Madrid, 1995; IDEM, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos públicos y propuesta de reforma*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

La exigencia de alcanzar aquella finalidad ha comportado, como venimos señalando, la aprobación de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, así como de la nueva Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican aquéllas en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos cuyo plazo de transposición acaba el 20 de diciembre de 2009, objeto de nuestra atención en las siguientes páginas, a los efectos de contrastar la regulación comunitaria con las previsiones que hoy se contienen en la recientemente publicada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) (artículos 37 y 38), y cuya entrada en vigor ha tenido lugar en mayo de 2008; así como también en lo previsto en nuestras leyes procesales y procedimentales, para comprobar si se ajustan al contenido de la normativa comunitaria o si, por el contrario, nos encontramos por debajo del estándar de este derecho, como vino a confirmar la STJUE de 15 de mayo de 2003, respecto del Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000 (3) en lo relativo a la necesaria extensión de la aplicación de la normativa de contratos, en ciertos casos, a las entidades de derecho privado y la insuficiencia del sistema de tutela cautelar contencioso-administrativa.

Condena que se ha reiterado para España con la reciente Sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/86), al entender que el TRLC de 2000 contradecía la D. 89/665 «al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores».

En suma, por tanto, al referirnos al ordenamiento jurídico-administrativo español nos centraremos exclusivamente en el sistema de recursos previstos para dirimir los conflictos derivados de la contratación en los sectores «tradicionales» recogidos en la Ley de contratos del sector público —y no en los «sectores excluidos», puesto que excedería de los límites de este trabajo—; abordando, también, la tutela cautelar contractual (artículo 38 LCSP) (4).

(2) PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho de los contratos públicos», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Dir. R. Gómez-Ferrer), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 63-69; MORENO MOLINA, J.A., «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos», RAP nº 151 (2000), pp. 331-332.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de Medidas cautelares contencioso-administrativas», REDA nº 119 (2003); FUERTES BENACHES, M., «¿Incumple el Derecho español la Directiva de recursos?», *Unión Europea*, agosto-septiembre, 2003.

(4) GONZÁLEZ PÉREZ, J., «El sistema de recursos en los procedimientos de contratación en los sectores excluidos», en *Regulación sectorial y competencia*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, pp. 297-316.

II. EL SISTEMA DE GARANTÍAS PREVISTO EN LA DIRECTIVA DE «RECURSOS» 89/665/CEE TRAS LA DIRECTIVA 2007/66/CE POR LA QUE SE MODIFICA AQUELLA: BREVE REFERENCIA

1. La Directiva 89/665/CEE tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE: Comentario general de su contenido

Como se sabe, en su momento fue promulgada la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras; cuyas reglas son también aplicables a los contratos de servicios por expresa previsión del artículo 41 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, relativa a tales contratos. Pues bien, esta breve (sólo seis preceptos) pero sustanciosa Directiva, supuso el que por vez primera el Derecho comunitario se introdujera en las legislaciones nacionales de carácter procesal de cada Estado miembro, con el objeto de que las garantías jurídicas fuesen uniformes en todo el territorio de la entonces Comunidad Europea, habida cuenta la disparidad e insuficiencia de los sistemas nacionales de control (5). Cuestión sobre la que ha insistido el TJUE en su Sentencia de 18 de junio de 2002, Asunto C-92/00 (apartado número 66) (*Hospital Ingenieure Krankenjaustechnik Planugs*).

Así, tal Directiva, con el propósito de que existiesen medios de control efectivos de la adjudicación de contratos públicos, pone de relieve la necesidad de: a) un sistema de recursos rápido y eficaz; b) potenciar un sistema efectivo de medidas cautelares; y c) establecer un régimen de indemnización de daños y perjuicios, producidos como consecuencia de la indebida adjudicación (6). Con el conjunto de estas tres medidas, pretende la armonización de las garantías jurídicas de los Estados miembros en materia de contratos públicos, que se regula en sus artículos 1 y 2, siendo su plazo máximo de transposición el 21 de diciembre de 1991 (artículo 5 Directiva 89/665), y que España incumplió claramente, resultando concluyente la STJUE de 15 de mayo de 2003, Comisión C. España, C-214/2000, donde, entre otras cuestiones que irán surgiendo a lo largo de esta exposición, se señala con toda rotundidad que el ámbito de aplicación personal coincide necesariamente con el de las Directivas 92/50, 93/36, 93/37, hoy obviamente referido a la Directiva 2004/18.

(5) SAMANIEGO BORDIU, G., «El control del Derecho Comunitario de los contratos públicos», RAP nº 123, 1989, p. 402; GIMENO FELIÚ, J.M., *El control de la contratación pública (...)*, op. cit., p. 59.

(6) Extremos los indicados *supra*, que tienen reflejo en el artículo de la Directiva 89/665/CEE, en concreto, artículos 1.1 y 2.1.

Si bien la Comisión ha contrastado cómo los mecanismos contemplados en la Directiva 89/665/CEE, y también la 92/13/CEE, no siempre permiten velar por el cumplimiento de las disposiciones comunitarias, en particular en una etapa en la que aún podrían corregirse las infracciones. Así pues, para la Comisión, el problema central es la ausencia de un plazo entre la decisión de adjudicación de un contrato y su celebración, plazo dentro del cual podría interponerse un recurso eficaz, cuya resolución tendría lugar antes de que se produjera la perfección del contrato impugnado. Problema el aquí denunciado, que se aborda en la reciente Sentencia de 3 de abril de 2008 Asunto C 444/06 (Comisión contra Reino de España) y que ha tratado de resolverse en la actual Directiva 2007/66/CE por la que se modifican las Directivas 89/665 y 92/13, a la que en páginas siguientes nos referiremos, debiendo, previamente, abordar el ámbito de la aplicación de la Directiva 89/665, así como los organismos responsables de los procedimientos de recurso para, finalmente, referirnos a éstos a la vista de la reforma introducida por la Directiva 2007/66/CE, sobre la cual ha dictaminado el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en fecha 14 de noviembre de 2006, apuntando que las dos principales propuestas de la nueva Directiva de recursos son:

De una parte, la introducción de un plazo suspensivo de diez días entre la decisión de adjudicar un contrato y la conclusión de la adjudicación. Y de otra, la eliminación de los procedimientos de certificación y conciliación. Destacándose que la nueva directiva se basa en una evaluación de impacto detallada, que denota dos problemas principales: la falta de recursos efectivos contra las adjudicaciones ilegales, y la «pronta firma» de los contratos públicos.

A) El ámbito de aplicación de la Directiva 89/665/CEE

El artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE en la versión de la Directiva 2007/66/CE, y bajo la rúbrica «ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», se refiere tanto a su ámbito de aplicación subjetivo como material, al disponer: «En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo —(contratos públicos de suministros, obras y servicios, acuerdos marco, concesiones de obras públicas, sistemas dinámicos de adquisición)—, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».

Por tanto, las decisiones de las entidades adjudicadoras deben poder ser objeto de recurso de manera eficaz y rápida. Y si bien no define la Directiva 89/665/CEE el concepto de «entidades adjudicadoras», resulta claro que su *ámbito de aplicación personal o subjetivo* coincide, necesariamente, con el de la Directiva 2004/18, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00.

En cuanto al ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665/CEE, el ya reiterado apartado 1 del artículo 1 de esta norma comunitaria estipula la obligación de los Estados miembros de establecer procedimientos que permitan recurrir contra las decisiones adoptadas en un procedimiento de adjudicación, en la medida en que tales decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas jurídicas por las que se adapta su ordenamiento interno a este Derecho Comunitario (7). Luego, se trata de determinar qué actos son susceptibles de recurso, y al hablar la Directiva de «decisiones», podría, en un principio, pensarse que se restringe a los actos resolutorios, pero no, estimamos que se incluyen también los actos de trámite que bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Por tanto, una concepción amplia del término «decisión», tal como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 18 de junio de 2002, Asunto C-92/00, y de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00.

En cuanto a la *legitimación activa*, el apartado 3 del artículo 1 de la nueva versión de la Directiva 89/665/CEE, a propósito de la nueva Direc-

(7) Por lo que se refiere a estos recursos, se desprende de la mencionada disposición (el artículo 1.1. de la Directiva 89/665/CEE) que éstos tienen por objeto las decisiones adoptadas por el órgano de contratación cuando éstas han infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales que adoptan este Derecho, «*sin que dicha disposición prevea una restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones*» (apartado nº 35 de la Sentencia de 28 de octubre de 1999, Asunto C-81/98, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Sexta; ratificando, nuevamente, esta apreciación el mismo Tribunal en Sentencia de 19 de junio de 2003, Asunto C-315/01, apartado 52). Es más, este mismo Tribunal, pero en su Sentencia de 23 de enero de 2003, Asunto C-75/01, señaló que «aún a falta, en las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, de disposiciones específicamente aplicables, los principios generales del Derecho comunitario, y en particular, el principio de igualdad de trato, rigen igualmente los procedimientos de licitación de contratos públicos (véanse las Sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. P. 1-10745, apartado 60, y HI, antes citada, apartado 47)»; en la medida en que se considerase que estos principios eran aplicables a una decisión adoptada en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dicha decisión estaría, asimismo, comprendida en el ámbito de las normas establecidas en la Directiva 89/665/CEE con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

tiva, establece que «los Estados miembros velarán para que, con arreglo a las modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que 1) tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y 2) que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción» (STJUE 14 de junio de 2003, Asunto C-249/01).

Asimismo, los Estados miembros podrán exigir que quien desee recurrir informe previamente al «poder adjudicador», por fax o medio electrónico, de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso, siempre que ello no afecte al plazo suspensivo a que se refiere el artículo 2 *bis*.2 ni a cualesquiera otros plazos de interposición de recurso conforme al artículo 2 *quater*.

La novedad reside (8) en que se añade que, en este caso, las normas internas no podrán condicionar la interposición del recurso al transcurso de un plazo mínimo desde la notificación de la intención de recurrir, de modo que de forma inmediata se pueda llegar a la instancia que debe resolver. La carga de notificar la voluntad de recurrir no puede retrasar el acceso a la vía del recurso.

En este apartado, la aportación más importante de la Directiva consiste en establecer la regla según la cual si se impone la obligación de interponer primero un recurso ante el poder adjudicador, y que parece ser la opción elegida por el legislador español, según se desprende del artículo 37.4 de la Ley 30/2007, de Contratos del sector público; en este caso, este recurso administrativo conlleva la suspensión inmediata de la posibilidad de proceder a la celebración del contrato. Esta suspensión se mantendrá hasta, como mínimo, diez días laborables a partir del día siguiente a aquél en que el poder adjudicador envió respuesta por fax o por medio electrónico o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire, al menos quince días civiles a partir de aquél en que el poder adjudicador envió respuesta o, de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de una respuesta.

(8) TORNOS MAS, J., «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, nº 59 (2006). Asimismo, LÓPEZ CONTRERAS y MESTRE DELGADO, J.F., *Contratos públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra del Centro PWC de IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 158; BERASATEGUI, J., «El control administrativo independiente de la contratación pública», en *Diario La Ley*, nº 6650, 13 de febrero de 2007, p. 4.

B) Organismos responsables de los procedimientos de recurso

En cuanto a los organismos responsables de los procedimientos de recurso, resulta destacable que la Directiva 89/665/CEE permite a cada Estado organizar el sistema de garantía sobre la base de tres instancias: una, ante el propio poder adjudicador, otra, frente a un organismo que puede ser administrativo y, una tercera, que debe substanciarse ante un organismo jurisdiccional, siendo esta última, la única que la Directiva considera garantiza verdaderamente a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones (GIMENO) (9), pero en todo caso, corresponde al derecho interno de cada Estado miembro designar el correspondiente órgano competente.

En consecuencia, a la vista del artículo 2.9, primer párrafo de la Directiva 89/665/CEE, para la organización del sistema de control de los contratos públicos, el legislador comunitario concede a los Estados miembros la posibilidad de optar entre dos alternativas:

1. La primera, atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional (10).
2. La segunda, atribuida a organismos que no posean naturaleza jurisdiccional, cuyas resoluciones pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, el cual, para garantizar que el

(9) GIMENO FELLÜ, J.M., *La nueva contratación (...), op. cit.*, pp. 254-255, en nota nº 8, a pie de página, señala: «Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por el contrario, esta Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJCE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJCE de 4 de febrero de 1999, al afirmar que los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del Tiroler Landesvergabebant (organismo de control) al no darse la nota de independencia.

(10) Para apreciar si el organismo posee carácter de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene en cuenta un conjunto de elementos como son: el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. (Véanse, asimismo, la Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, y las Sentencias de 30 de junio de 1966, Basen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 377; de 11 de junio de 1987, Pretore di Salo/X, 14/86, Rec. p. 2545, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, Danfoss, 109/88, Rec. p. 3199, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, C-393/92, Rec. p. I-1477, apartado 21; y de 19 de octubre de 1995, Job Centre, C-111/94, Rec. p. I-3361, apartado 9).

recurso sea adecuado, deberá cumplir los requisitos recogidos en el artículo 2.9, párrafo segundo, de la Directiva 89/665/CEE, en su versión de la Directiva 2007/66/CE (11).

Asimismo, el «poder adjudicador», en el anuncio de licitación, deberá indicar «el nombre y dirección del órgano competente para los procedimientos de recurso, y en su caso, de mediación. Indicación del plazo de presentación de recursos o, en su caso, nombre, dirección, números de teléfono y de telefax y dirección electrónica del servicio al que se puede dar esta información (Anexo VIII, A, Información que debe figurar en los anuncios de contratos públicos, apartado 24 del epígrafe «Anuncio de licitación de la Directiva 2004/18/CEE) (12).

C) El procedimiento de recurso en la Directiva 89/665/CEE, tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE

Como sabemos, la Directiva 89/665/CEE centra especialmente su atención en cuatro órdenes de medida que, como indica PIÑAR MAÑAS (13), más bien se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de la previsión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de las primeras. Así, en la mencionada Directiva, también en su versión modificada, se recoge: el establecimiento de las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible (...) —artículo 1 párrafo 3—; la previsión de «medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados» —artículo 2.1.a)—; y posible actuación de oficio de la Comisión en caso de infracción clara y manifiesta de la normativa sobre apertura de contratos —artículo 3—.

(11) Este segundo párrafo del artículo 2.9 de la Directiva estipula las bases de las características del nombramiento y duración del mandato de los miembros de este organismo independiente, su cualificación, naturaleza del procedimiento y el efecto de sus decisiones: «el nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes».

(12) FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005, p. 278.

(13) PIÑAR MAÑAS, J.L., *El derecho comunitario (...)*, op. cit., p. 43-44; Asimismo, GIMENO FELÚ, J.M., *La nueva (...)*, op. cit., p. 254.

El artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, en su apartado primero, hoy vigente, establece que los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios para:

a) Adoptar «*lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador*» (14). Respecto a la suspensión, la nueva Directiva 2007/66/CE, mantiene el criterio según el cual los procedimientos de recurso no deberán tener, necesariamente, efectos suspensivos automáticos, pero sí lo impone ese efecto suspensivo, en los supuestos previstos en el artículo 2.3 y en el artículo 1.5 de la referida Directiva 2007/66/CE; esto es, cuando el Estado miembro exija que la persona interesada interponga, en primer lugar, recurso ante el poder adjudicador (artículo 1.5), o cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a la decisión de adjudicación (artículo 2.3).

En el mencionado artículo 2.3 de la nueva Directiva, se establece, de hecho, una *regla suspensiva automática* en el procedimiento de perfección del contrato, ya que dispone que cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a la decisión de adjudicación del 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 provisio-

(14) La imposición que establece la Directiva a los Estados miembros sobre la obligación de éstos de habilitar a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso para que adopten, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales, no significa que estas medidas no tengan carácter autónomo; es decir, las medidas no pueden considerarse accesorias de un recurso sobre el fondo de asunto, sino que constituyen medidas que deben poder adoptarse y ser solicitadas de manera autónoma. Así pues, debe ser posible solicitar y, por tanto, obtener medidas provisionales en relación con cualquier decisión ilegal adoptada por una entidad adjudicadora antes de la interposición de un recurso sobre el fondo contra esa decisión; o dicho de otra forma: la norma interna de un Estado miembro que supeditara la solicitud de una medida provisional y, por tanto, su adopción a la previa o simultáneamente a la interposición de un recurso, no cumplirá con la exigencia prevista en la Directiva sobre recursos, pues el régimen previsto en esta concreta norma comunitaria se impone de acuerdo con el principio *lex specialis derogat generali*. A este aspecto, se puede señalar, del Tribunal de Justicia, Sala Sexta, la Sentencia de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00.

Por otro lado, sobre la posibilidad o no de poder solicitar y, por tanto, obtener en un mismo supuesto más de una medida provisional, la Directiva no lo prohíbe expresamente, sino todo lo contrario, especialmente al utilizar el plural cuando prevé, en su artículo 1. letra a), que se podrán adoptar «(...) medidas provisionales (...)».

nales o sobre el fondo del recurso. La suspensión no finalizará antes de que expiren los plazos previstos en el artículo 2 *bis* 2 y artículo 2 *quinquies*, apartados 4 y 5 de la Directiva 2007/66/CE.

b) «*Para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión*» [artículo 2.1.b) Directiva 89/665]. Como indicamos más atrás, no se limita en esta Directiva el alcance del concepto de «decisión», y asimismo, se desprende de la misma que: «los recursos tienen por objeto las decisiones adoptadas por los órganos de contratación cuando aquéllas hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales que adoptan este Derecho (STJUE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-81/98).

c) *La concesión de una «indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción»* [artículo 2.1. letra c) de la Directiva 89/665/CEE]. En este caso, el artículo 2, apartado 6 de la Directiva 89/665 dispone que los Estados miembros podrían establecer que, cuando se reclame una indemnización por daños y perjuicios porque la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada deba ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto (STJUE 18 de junio de 2002, Asunto C-92/00).

Además, excepto en el caso de que la decisión deba anularse antes de conceder la indemnización por daños y perjuicios, el apartado 7 del artículo 2, recogido en la nueva Directiva dispone que «los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato, de conformidad con el artículo 1.5, artículo 2.3 y artículos 2 *bis* a 2 *septies*, las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción».

A la vista de lo indicado, la Directiva Recursos 89/665, antes y también en su nueva versión, ofrece una diferenciación entre la *fase anterior* a la celebración del contrato, en la que es aplicable el artículo 2.1, y la *fase posterior* a su celebración, en la que los poderes de la instancia responsable de los procedimientos de recurso se limiten a la concesión de una indemnización. Ahora bien, tal posibilidad y, en consecuencia, mantener los efectos del contrato celebrado con infracción de la Directiva reguladora de estos contratos —protegiendo, de este modo, la confianza legítima de las partes contratantes—, no puede, sin reducir el alcance de las disposiciones del Tratado por las que se establece el mercado interior, tener como consecuencia que el comportamiento de la entidad adjudicadora con respecto a los terce-

ros deba considerarse ajustado al Derecho comunitario con posterioridad a la celebración de tales contratos (Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia de 10 de abril de 2003, Asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01, apartados 38 y 39).

En cualquier caso, y de acuerdo con la STJUE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-81/98, consideramos que el artículo 2.1.a) y b) en relación con el artículo 2.6.párrafo 2, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato. Conclusión que se confirma en la STJUE de 3 de abril de 2008 (Asunto C 444/06, Comisión contra España).

Vistas las medidas posibles a adoptar en un procedimiento de recurso, establecidas por la Directiva 89/665/CEE, resulta de interés referirnos a aquellos puntos de la Directiva 2007/66/CE que recogen la preocupación de la Comisión por garantizar un recurso eficaz que se interponga cuando aún pueda ser efectivo, cuando el contrato aún no se ha perfeccionado; que se dé un plazo razonable para recurrir, y que contemplan ciertas reglas de procedimiento en caso de adjudicaciones directas sin someterse a las reglas de publicidad y licitación, así como la sanción prevista por incumplimiento de las nuevas reglas. Pasemos, por tanto, a tratar cada una de ellas tal como se recogen en los arts. 2 *bis* a 2 *septies* de la Directiva 2007/66/CEE.

a) Artículos 2 bis a 2 septies de la Directiva 2007/66/CE

– Los artículos 2 bis y ter. Garantía de que el recurso se interpondrá cuando aún pueda ser efectivo (15).

La principal preocupación de la Comisión está centrada en la ineficacia real de los recursos que se interponen una vez el contrato ya ha sido firmado. Es decir, de nada sirve imponer una suspensión, incluso obligatoria, si cuando se interpone el recurso y se pide la suspensión, el contrato ya se ha perfeccionado e iniciado la ejecución. El recurso precontractual debe poder interponerse y resolverse antes de que se llegue a perfeccionar el contrato.

El artículo 2 *bis*, apartado segundo, establece una regla general sobre el procedimiento de perfección de los contratos según la cual la celebración de

(15) TORNOS MAS, J., *Novedades (...)*, op. cit., p. 47.

un contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquél en que se haya remitido, por fax o medio electrónico, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o si se han empleado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de, al menos, quince días civiles a partir del día siguiente a aquél en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados o, de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato.

De esta forma, se impone una regla relativa a la perfección de los contratos, exigiendo que entre la adjudicación y la firma o perfección del contrato exista, en todo caso, un plazo de diez días, o quince, según el medio de notificación empleado, a contar desde que se notificó a todas las partes interesadas la adjudicación.

Además, se establece que la notificación de la adjudicación deberá ir acompañada de una exposición resumida de las razones pertinentes contempladas en el artículo 41.2 de la Directiva 2004/18/CE (16), a reserva del artículo 41.3 de tal Directiva, y además, debe hacerse una indicación precisa del plazo suspensivo aplicable con arreglo a las disposiciones del Derecho interno (artículo 2 *bis.2 in fine*). Dentro de este plazo podrá interponerse el recurso, cuyo objeto será la adjudicación, no un contrato ya perfeccionado. Además, el recurrente conocerá los motivos en los que se fundamenta la adjudicación que trata de impugnar.

Los Estados miembros podrán disponer que los plazos suspensivos contemplados en el artículo 2 *bis.2* de la Directiva 2007/66/CE entre adjudicación y firma no se apliquen en los casos del artículo 2 *ter* de la misma, esto es:

- a) «si la Directiva 2004/18/CE no exige la publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea;
- b) si el único licitador afectado en el sentido del artículo 2 *bis*, apartado 2, de la presente Directiva, es aquél al que se ha adjudicado el contrato y no haya candidatos afectados;

(16) El artículo 41, apartado segundo, de la Directiva establece que «el poder adjudicador comunicará cuanto antes —a todos los candidatos descartados, las razones por las que se haya desestimado su candidatura; —a todos los licitadores descartados, las razones por las que se haya desestimado su oferta, incluidos en los casos contemplados en los apartados 4 y 5 del artículo 23, los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas; —a todo licitador que haya hecho una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco».

- c) cuando se trate de un contrato basado en un acuerdo marco a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE, y cuando se trate de un contrato específico basado en un sistema dinámico de adquisición a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de dicha Directiva.

Si se alega la presente excepción, los Estados miembros garantizarán que el contrato quede sin efectos con arreglo a los artículos 2 *quinquies* y 2 *septies* de la presente Directiva si:

- se infringe el artículo 32, apartado 4, segundo párrafo, segundo guión, o el artículo 35, apartados 5 ó 6, de la Directiva 2004/18/CE, y
- se estima que el valor del contrato es igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE».

— El artículo 2 *quáter*. Plazos para la interposición de un recurso

La garantía del recurso puede quedar, también, disminuida si la norma interna establece unos plazos de recurso muy breves. Por ello, el artículo 2 *quáter* establece que, en todo caso, el plazo no podrá ser inferior a diez días, a contar a partir del día siguiente a aquél en que fue comunicada por fax o por medio electrónico la decisión de adjudicar el contrato al licitador o candidato interesado, o si se han utilizado otros medios, de al menos quince días civiles. Esta comunicación también deberá ir acompañada de la motivación pertinente.

En el caso de recursos interpuestos contra decisiones del artículo 2.1.b) de la Directiva 2007/66/CE, que no estén sujetos a notificación específica, el plazo será de al menos 10 días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión.

— El artículo 2 *quinquies*. Ineficacia del contrato

Asimismo, «1. 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:

- a) si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18/CE;
- b) 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 privó al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción esté 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.

- c) en los supuestos mencionados en el artículo 2 *ter*, letra c), párrafo segundo, de la presente Directiva, si los Estados miembros se han acogido a la excepción del plazo suspensivo para contratos basados en un acuerdo marco y un sistema dinámico de adquisición.

2. Las consecuencias de la ineficacia de un contrato serán las previstas en la legislación nacional.

La legislación nacional podrá establecer la anulación con efectos retroactivos de todas las obligaciones contractuales o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar. En este último supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen otras sanciones en el sentido del artículo 2 *sexies*, apartado 2, esto es, por ejemplo, la imposición de multas al poder adjudicador.

3. Los Estados miembros podrán establecer que el órgano de recurso independiente del poder adjudicador no pueda declarar ineficaz un contrato, aunque haya sido adjudicado ilegalmente con arreglo a los motivos indicados en el apartado 1, si el órgano de recurso considera, tras haber examinado todos los aspectos pertinentes, que razones imperiosas de interés general exigen que se mantengan los efectos del contrato. En este supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen sanciones alternativas, en el sentido del artículo 2 *sexies*, apartado 2, en lugar de la ineficacia.

Sólo se considerará que los intereses económicos constituyen razones imperiosas a la hora de mantener la eficacia del contrato en los casos excepcionales en que la ineficacia del mismo diese lugar a consecuencias desproporcionadas.

Ahora bien, no se considerará que los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión constituyen razones imperiosas de interés general. Entre los intereses económicos directamente vinculados al contrato cabe mencionar, entre otros, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, los costes derivados de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, los costes derivados del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato y los costes de las obligaciones jurídicas derivadas de la ineficacia.

4. Los Estados miembros establecerán que el apartado 1, letra a) del presente artículo, no sea de aplicación, esto es, que se declare la ineficacia del contrato, si:

- el poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Ofi-

cial de la Unión Europea se puede admitir de conformidad con la Directiva 2004/18/CE,

- el poder adjudicador ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea un anuncio tal y como se describe en el artículo 3 *bis* de la presente Directiva, en el que manifieste su intención de celebrar el contrato, y si
- el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de publicación de dicho anuncio.

5. Los Estados miembros dispondrán que el apartado 1, letra c) del presente artículo, no sea de aplicación si:

- el poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato es conforme a lo dispuesto en el artículo 32, apartado 4, segundo párrafo, segundo guión, o en los apartados 5 y 6 del artículo 33 de la Directiva 2004/18/CE,
- la entidad contratante remitió a los licitadores afectados una decisión de adjudicación del contrato junto con la exposición resumida de las razones correspondientes según lo dispuesto en el artículo 2 *bis*, apartado 2, cuarto párrafo, primer guión, de la presente Directiva, y si
- el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de envío de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados por fax o medios de comunicación, hasta transcurridos al menos quince días civiles a partir del día siguiente a la fecha de envío de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados, o al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión de adjudicación del contrato».

— Artículo 2 *sexies*. Infracciones de la presente Directiva y sanciones alternativas

«1. En caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3, o del artículo 2 *bis*, apartado 2, que no esté cubierta por el artículo 2 *quinqüies*, apartado 1, letra b), los Estados miembros dispondrán la ineficacia del contrato de conformidad con el artículo 2 *quinqüies*, apartados 1 a 3, o sanciones alternativas. Los Estados miembros podrán disponer que el órgano de recurso independiente del poder adjudicador decida, tras haber examinado todos los aspectos pertinentes, si el contrato ha de considerarse ineficaz o si han de aplicarse sanciones alternativas.

2. Las sanciones alternativas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Consistirán en:

- la imposición de multas al poder adjudicador, o
- la reducción de la duración del contrato.

Los Estados miembros podrán otorgar al órgano de recurso amplias facultades discrecionales para apreciar todos los factores pertinentes, entre ellos la gravedad de la infracción, el comportamiento del poder adjudicador y, en los casos a que se refiere el artículo 2 *quinquies*, apartado 2, la medida en que el contrato sigue vigente.

La concesión de una indemnización por daños y perjuicios no constituye una sanción adecuada a los efectos del presente apartado».

— Artículo 2 septies. Plazos.

«1. Los Estados miembros podrán disponer que la interposición de recurso de conformidad con el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, deba realizarse:

a) antes de que transcurran como mínimo 30 días civiles a partir del día siguiente a la fecha en que:

- el poder adjudicador haya publicado el anuncio de adjudicación del contrato de conformidad con el artículo 35, apartado 4, y los artículos 36 y 37 de la Directiva 2004/18/CE, a condición de que este anuncio incluya la justificación de la decisión del poder adjudicador de adjudicar el contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o
- el poder adjudicador haya informado a los licitadores y candidatos afectados de la celebración del contrato, siempre que dicha información contenga una exposición resumida de las razones pertinentes contempladas en el artículo 41, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41, apartado 3, de dicha Directiva. Esta opción también será aplicable a los casos mencionados en el artículo 2 *ter*, letra c), de la presente Directiva;

b) y en cualquier caso, antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato.

2. En todos los demás casos, incluidos los recursos contemplados en el artículo 2 *sexies*, apartado 1, los plazos para la interposición de recursos serán los que determine la legislación nacional, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 2 *quater*».

Descrito el sistema de control implantado por la Directiva 89/665/CEE en su nueva versión, centrémonos en nuestro ordenamiento administrativo.

III. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

1. Punto de partida

Cuando el legislador de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas traspuso las Directivas «sustantivas» de contratación pública entonces vigentes (93/36, 93/37, 92/50), no incorporó la Directiva de «recursos» 89/665, aduciendo, cómo recoge su Exposición de Motivos, de una parte, «porque la materia de recursos no constituye su objeto, es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas», lo cual hubiese llevado a reformar la Ley de la Jurisdicción de 1956, en ese punto también, algo que ni el Proyecto Belloch ni la finalmente Ley jurisdiccional de 1998 recogió; y, de otra parte, «porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta, ya, a su contenido». Afirmación esta última, admitida por parte de la doctrina (17), aunque también objeto de críticas desde hace algún tiempo por algunas voces (GARCÍA DE ENTERRÍA, GIMENO FELIÙ, BAÑO LEÓN, MESTRE DELGADO, NOGUERA DE LA MUELA, entre otros), y que, efectivamente, ha venido a confirmar la STJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España C-214/00, al condenar a nuestro país por no adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 89/665/CEE (arts. 1 y 2) (18),

(17) Así, PIÑAR MAÑAS, J.L., *El sistema (...), op. cit.*, p. 15 del primero; SAMANIEGO BORDIU, G. *El control del Derecho (...), op. cit.*, p. 401; MESTRE DELGADO, F. *El control de la adjudicación de los contratos públicos a través del Derecho Europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares*, en «Noticias CEE», nº 74 (1994), pp. 35 y ss.; GARCÍA DE COCA, I. *Comentario sobre la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 (89)665/CEE*, en «Castilla y León en Europa. Revista del Centro de Documentación Europeo», nº 23 (1990), pp. 29 y ss.; MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, McGraw Hill, Madrid 1996, p. 206; MARTÍN RAZQUÍN, M. *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Pamplona 1996, p. 287; [este último autor formula alguna reserva: «nuestro ordenamiento no contempla de forma expresa un régimen de medidas cautelares eficaz ... el paso del tiempo impide en la práctica acudir a la suspensión sin que se causen graves perjuicios»].

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares. Derecho administrativo europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 417; con anterioridad denunció también la infracción del Derecho comunitario en «Observaciones sobre la tutela cautelar en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998», RAP nº 151 (2000), pp. 251 y ss; GIMENO FELIÙ, J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003; NOGUERA DE LA MUELA, B. «Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: Concepto del poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRILCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», RAAP, nº 53 (2004), pp. 41 y ss; BAÑO

provocando la regulación contenida en el artículo 60 bis TRLCAP sobre las medidas provisionales en «vía administrativa», y la Disposición adicional decimosexta TRLCAP (ambas derogadas) que se ocupaba de aplicar a las sociedades de ente público el régimen de recursos dispuesto para empresas privadas por la Ley 48/98 sobre procedimientos de contratación en los sectores excluidos, amén de la parca regulación de los artículos 60.1 y 9.3 del TRLCAP (19), hoy ya derogados.

A mayor abundamiento, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, únicamente señala en su artículo 2.b) las competencias de esta jurisdicción sobre «los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas», que por mor del artículo 21 de la LCSP, como tendremos ocasión de comprobar, se ha visto modificado.

Por lo que se refiere a la tutela cautelar precontractual en «vía judicial», ni el derogado TRLCAP ni su Reglamento de desarrollo se referían, ni tampoco lo hace la vigente LJCA de 1998; nos encontramos, por tanto, frente a una situación que evidencia, como ha señalado BAÑO LEÓN, que «los medios que nuestro Derecho ofrece al licitador en defensa de sus derechos a un procedimiento de selección transparente y justo, son paupérrimos, ineficaces para prevenir prácticas ilegales, cuando no corruptas y sólo parcialmente satisfactorios en las posibilidades indemnizatorias (20)».

Situación la aquí descrita, que quiere paliarse con lo previsto en los artículos 37 y 38 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. Veamos, por tanto, si efectivamente se consigue o no.

LEÓN, J.M., «Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa», en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1999, p. 269. Asimismo, TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación», RAP, nº 125 (1991).

(19) El artículo 60.1 disponía:

«1. Contra todos los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa, procederá el recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha jurisdicción».

Por su parte, el artículo 9.3 TRLCAP declaraba:

«3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción».

(20) BAÑO LEÓN, J.M., «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en *Comentarios a la LCAP* (Dir. R.Gómez-Ferrer), Civitas, Madrid, 2004, p. 330.

2. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007: recurso administrativo especial en materia de contratos (artículo 37 LCSP) y el régimen de medidas provisionales (artículo 38 LCSP)

A) El recurso administrativo especial en materia de contratación (artículo 37 LCSP)

El texto del artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 es extenso, pero nos permitiremos transcribirlo con el propósito de facilitar las observaciones posteriores que sobre su contenido vamos a hacer. Así, reza:

«1. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos.

No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.

2. Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos 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.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el párrafo anterior podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.

3. El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores.

4. Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida.

5. Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.

6. El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquél en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4.

La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles.

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. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.

8. Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso.

9. Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo.

10. Contra la resolución del recurso solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

De la letra de este extenso precepto, podemos extraer las siguientes consideraciones:

1^º) Efectivamente, con esta regulación, se está dando cumplimiento a la exigencia comunitaria de contar con un recurso *ad hoc* en materia de contratación, pero a nuestro juicio, la primera duda que plantea la letra de la nueva Ley tiene que ver con su ámbito de aplicación. Con arreglo al artículo 37.1 LCSP «deberán» —por tanto, tiene carácter *obligatorio*— «ser objeto del recurso especial en materia de contratación», las decisiones recogidas en el artículo 37.2 «que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada», esto es, en todo caso, los contratos de colaboración entre el sector público y privado y, en cuanto a los contratos celebrados por entidades que tengan la condición de poder adjudicador y pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: contratos de obras cuya cuantía sea igual o superior a 5.278.000 euros, y contratos de suministros o de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuya cuantía sea igual o superior a 137.000 euros, si la entidad adjudicadora es la Administración General del Estado, organismos autónomos o Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; o igual o superior a 211.000 euros para CCAA, Entidades Locales y resto de poderes adjudicadores. Igualmente, quedan también sujetos a la preceptiva interposición del recurso especial, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía superior a 211.000 euros, los contratos subvencionados y los contratos de gestión de servicios públicos que reúnan ciertos requisitos (presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a 500.000 euros, y plazo de duración superior a cinco años), no extendiéndose a los restantes contratos del sector público, no por tanto a los contratos no sujetos a regulación armonizada, ni los procedimientos de adjudicación que siguen el trámite de emergencia (art. 97 LCSP). Distinción, por tanto, entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos, que como manifestó el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514/2006, «no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica (...)». Recordando que «aún cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada (...), la finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz (...), y esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución (...) resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada».

Asimismo, la Comisión en su Comunicación interpretativa de 1 de agosto de 2006 aconsejaba la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato.

Por tanto, con la LCSP se va a dar una dualidad de procedimientos de recurso en vía administrativa y cuando estemos ante un contrato no sujeto a regulación armonizada y cuya entidad contratante sea una entidad del sector público que no sea ni Administración pública ni poder adjudicador, no cabrá el recurso administrativo previo y la competencia para conocer de la preparación, adjudicación, efectos y extinción será de la jurisdicción civil.

En suma, un recurso obligatorio, exclusivo y excluyente.

2º) En línea con lo señalado, nos encontramos con que conviven, de una parte, el recurso especial en materia de contratos y de otra, los recursos administrativos ordinarios previstos en la Ley 30/1992, para los actos separables de los contratos de las Administraciones Públicas no sujetos a regulación armonizada y aquellos otros actos, como es la adjudicación definitiva, que aunque se dicten en el procedimiento de adjudicación de un contrato armonizado, no son objeto del recurso especial por mor del artículo 37.2 LCSP.

Resulta, por consiguiente, que en virtud del referido artículo, este recurso especial se debe interponer contra determinados actos, esto es «los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos 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» (21) (artículo 37.2 LCSP).

En relación a los actos susceptibles de recurso, quisiéramos destacar la referencia a la adjudicación provisional, pero no olvidemos que ésta no se da en todos los procedimientos de contratación. Asimismo, en cuanto a los actos de trámite no cualificados no susceptibles, por tanto, de este recurso, sólo podrá formularse contra ellos la correspondiente denuncia o queja, lo cual no satisface las exigencias de la Directiva, no pudiéndose impugnar en vía jurisdiccional, ante la no reacción del órgano competente (art. 37.2 párrafo segundo LCSP).

3º) En cuanto a la legitimación para interponer el recurso especial se establece que podrán las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, y, en todo caso, los licitadores. Recogiéndose, por tanto, una legitimación activa amplia acorde con las previsiones de la Directiva 89/665/CEE.

(21) DEL SAZ, S., «La nueva Ley de Contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», RAP, 174 (2007), p. 365.

Al respecto, estimamos de gran interés la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2008, de 13 de octubre de 2008, que otorga el amparo promovido por Aquagest Levante, S.A., entendiendo que negar la legitimación de ésta por parte del TSJ de Valencia por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir cuando había sido titular de la concesión administrativa para el abastecimiento de agua potable en la localidad valenciana de Liria (concesión que el Ayuntamiento de este municipio dio por finalizada, convocando nuevo concurso), sin ponderar otras circunstancias, «debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción».

4º) Además, este recurso dice la LCSP, debe resolverse por «el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública» (artículo 37.4 LCSP), que sea, por ejemplo «poder adjudicador», en concreto, sociedad mercantil en mano pública [artículo 3.3.b) LCSP] o bien entidad pública empresarial (artículo 3.2 último párrafo, LCSP), de forma que en el supuesto de TRAGSA, el recurso especial en materia de contratación lo resolverá el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación (Disposición adicional trigésima, 9 LCSP).

A la vista de lo señalado y al margen del casuismo previsto en la Ley, el órgano que resuelve el recurso no tiene independencia alguna respecto al que adoptó el acuerdo infractor, e incluso en ocasiones puede coincidir, de forma que con tal regulación, difícilmente se está dando cumplimiento a las Directivas comunitarias de la contratación, en concreto, al artículo 2.8 de la Directiva 89/665, y al artículo 81 de la Directiva 2004/18, cuando insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que se sustancie ante una agencia independiente (22), ni tampoco se adecua a la Directiva 2007/66/CE por la que se modifican las Directivas 89/665 y 92/13 en lo relativo a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que está adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tuviere el carácter de Administración pública.

(22) Como pone de manifiesto GIMENO FELLÙ, J.M., *op. cit.*, p. 244, «(...) difícilmente puede considerarse que concurre la nota de independencia cuando resuelve el mismo órgano contratante lo que puede pervertir la finalidad de este mecanismo de control que puede devenir en carga u obstáculo procedimental, habida cuenta su carácter preclusivo».

En definitiva, el sistema es insuficiente, y debería haberse previsto un recurso ante un órgano independiente y, además, especializado, tal y como planteó GIMENO ya en 1995, proponiendo encomendarlo a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y que ha hecho suya la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen jurídico de Baleares, en su artículo 66, al contemplar un recurso especial en materia de contratación:

«1. Contra los actos de los órganos de contratación podrá interponerse un recurso especial en materia de contratación. Este recurso, al cual resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en la legislación básica para el recurso de reposición, tendrá carácter potestativo, lo resolverá la Junta Consultiva de Contratación y substituirá, a todos los efectos, al recurso de reposición.

2. El recurso podrá interponerse ante el órgano de contratación o directamente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Si el recurso se interpone ante el órgano de contratación, éste lo remitirá a la Junta en el plazo de diez días, con un informe jurídico y con una copia completa y ordenada del expediente de contratación. Si se interpone ante la Junta, ésta requerirá la remisión del expediente y el correspondiente informe al órgano de contratación.

3. La competencia de la Junta Consultiva para resolver comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, en su caso, la adopción de medidas cautelares.

4. Los acuerdos que adopte la Junta Consultiva serán vinculantes para el órgano de contratación que dictó el acto impugnado».

Igualmente, conviene resaltar como la LCSP frente a la previsión contenida en el art. 13 de la Ley de Procedimiento Administrativo común de 1992, establece la posibilidad de delegar la competencia para contratar que comprende conjuntamente la de resolver el recurso especial en materia de contratos, salvo determinación expresa en contrario (art. 37.5 LCSP). Consagrándose así, una delegación tácita de competencias que, en el caso de acordarse la pertinente indemnización, supondrá elevar el expediente por el órgano delegado al órgano delegante, el cual resolverá el recurso sin necesidad de avocación previa y expresa.

5º) Asimismo, de otra parte, queremos traer a colación, y al margen del recurso especial en materia de contratos, la expresa previsión contenida en la Disposición Transitoria séptima, 1.b) (23) de la LCSP donde se establecía,

(23) «b) Los entes, organismos y entidades que sean poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 de esta Ley y no tengan el carácter de Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicarán las normas de dicha

en qué términos se aplicará el TRLCAP desde el 1 de noviembre de 2007 hasta el 30 de abril de 2008 respecto de entes, organismos y entidades, que sin ser Administración pública con arreglo al artículo 1 del TRLCAP, sean poder adjudicador conforme el artículo 3.3 LCSP. Pues bien, en cuanto a la mención concreta del «régimen de recursos y medidas cautelares» respecto de los contratos armonizados de poderes adjudicadores, decir que la DT 7ª LCSP lo que hace es remitirnos al régimen de recursos y medidas cautelares que introdujo la Disposición Adicional decimosexta del TRLCAP, mientras no entre en vigor ordinariamente la LCSP que, a su vez, nos remite a la Ley 48/1998, de contratación en sectores excluidos, concretamente artículo 51, donde se configura el recurso de alzada impropio y medidas cautelares. Previsión que hoy ya no es aplicable.

En todo caso, con la nueva regulación parece unificarse el sistema de recursos, al extender éstos a las decisiones adoptadas por las sociedades de derecho privado que sean poder adjudicador, de manera que se abandona su cauce específico de reclamación y medidas cautelares, que se recoge en la Disposición Adicional Decimosexta del TRLCAP (24), y remitía a la Ley 48/1998 de Contratación en los sectores excluidos.

6º) Asimismo, y de otra parte, se contempla una tramitación del recurso rápida, al objeto de no perjudicar los intereses generales que reclaman una pronta ejecución del contrato, ya que el plazo de interposición es de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto, coincidiendo este plazo con el previsto por la nueva Directiva 2007/66/CE al modificar la Directiva 89/665, aunque en ésta se trata

Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto. En contratos distintos a los mencionados, estos entes, organismos o entidades observarán los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato» [Disposición Transitoria Séptima 1.b) LCSP]. A este respecto, vid. ARIMANY LAMOGUÀ, E. y NAVARRO MANICH, J.A., «La aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público (Comentarios a la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Contratos del Sector Público)», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 16 (2007).

(24) La Disposición Adicional decimosexta del TRLCAP disponía:

«Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta Ley».

«A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE».

de un plazo mínimo. Plazo que se reduce a siete días hábiles en el caso de que la adjudicación se tramite por el procedimiento de urgencia. Si no se interpone en ese plazo, implica que el acto queda firme y consentido, no impugnabile.

De otra parte, recogiendo lo que prevé la nueva Directiva 89/665, tras su modificación, se dispone que «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». Por tanto, la LCSP mantiene la regla según la cual el contrato se perfecciona con la adjudicación, pero de acuerdo con la distinción que establece entre adjudicación provisional y definitiva. En consecuencia, el recurso impide proceder a la adjudicación definitiva y a la perfección del contrato. Lo cual resulta de todo punto loable.

De acuerdo con lo señalado, resulta que en los procedimientos de contratos sujetos a regulación armonizada, la impugnación del acto de adjudicación provisional que se notifica a los licitadores (art. 135 LCSP) deberá realizarse en el plazo de 10 días desde su publicación en el perfil de contratante, y no desde su notificación personal.

Luego, de la letra de la Ley se deduce que la adjudicación provisional (acto declarativo de derechos) —y su confirmación vía recurso— se elevará a adjudicación definitiva. Resultando esta última un nuevo acto de reproducción y confirmación de la adjudicación provisional, no cabiendo la interposición del recurso contencioso de acuerdo con el art. 28 LJCA.

Efectivamente, tal como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio, «la adjudicación definitiva se presenta como un trámite formal y no de fondo, ya que la decisión propiamente dicha se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente (...). De manera que contra el acto de adjudicación definitiva no es admisible recurso alguno por cuando el mismo siempre será confirmatorio de la adjudicación provisional; ya que si no se dan los requisitos para elevar la provisional a definitiva (esto es, justificación documental y constitución de garantía definitiva), no hay un acto de adjudicación definitiva denegando la confirmación de la provisional, sino una nueva adjudicación provisional a favor del licitador que figurase en el correspondiente orden decreciente elaborado y propuesto por la mesa al órgano de contratación. Esta nueva adjudicación provisional será otra vez notificada a todos los licitadores y susceptible de nuevo de recurso especial del artículo 37 LCSP.

En todo caso, la adjudicación definitiva podrá ser objeto de revisión de conformidad con lo previsto en los artículos 31 a 34 LCSP. En atención a esta

posibilidad, se recomienda por la Junta incorporar en las notificaciones de los actos de adjudicación definitiva la mención a esta previsión de la Ley.

En cuanto al plazo de resolución del recurso, es también breve, cinco días hábiles, entendiéndose desestimado a los veinte días siguientes a la interposición del recurso sin que se haya notificado la resolución, sin perjuicio de que se mantenga la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta que el recurso se resuelva de forma expresa.

Resolución que, de forma motivada, deberá decidir sobre las peticiones del recurrente, pudiendo acordar la anulación de las decisiones ilegales que se hubiesen podido adoptar durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, la retroacción de las actuaciones, una indemnización a favor del recurrente y la adjudicación a otro licitador.

En todo caso, frente a la resolución expresa o por silencio del recurso, podrá acudir a la vía judicial, interponiendo el correspondiente recurso contencioso administrativo.

B) El régimen de medidas cautelares provisionales en materia de contratos (artículo 38 LCSP)

Consecuencia también de la regulación comunitaria es la letra del actual artículo 38 LCSP cuando dispone:

«1. En los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por la Administración o entidad contratante y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas 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 al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición.

2. Serán órganos competentes para adoptar las medidas provisionales los señalados en el apartado 4 del artículo anterior.

3. La decisión sobre las medidas provisionales deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes, a la presentación del recurso o escrito en que se soliciten, entendiéndose denegada esta petición en el caso de no recaer resolución expresa sobre el particular en este plazo.

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.

5. La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

6. Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido».

Efectivamente, una vez más, y pese a que el debate en la STJUE de 15 de mayo de 2003 giró en torno a si las facultades de la jurisdicción contenciosa administrativa, según la regulación del sistema legal de medidas cautelares era o no suficiente y conforme o no a las exigencias comunitarias; resultando, como sabemos, insuficiente (25); entonces, el artículo 60 bis TRLCAP (26) y hoy, el artículo 38 LCSP introducen una nueva regulación de las medidas cautelares en *vía administrativa*, pudiéndose, en virtud del artículo 38, solicitar tales medidas con carácter previo a la interposición del recurso especial, cuya eficacia, una vez adoptadas, se anuda a la interposición del recurso; o bien, podrán formularse al tiempo de presentarse el recurso especial. En todo caso, del art. 38 se desprende que el recurso especial en materia de contratos y medidas provisionales tienen el mismo ámbito de aplicación y para su solicitud se aplica lo mismo que para dicho recurso.

(25) Como sabemos, el TJUE en base a su afirmación: «Los Estados miembros están obligados (...) a conferir a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar, independientemente de cualquier acción previa, todas las medidas provisionales, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión» (STJUE de 19 de septiembre de 1996, C-236/95).

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Art. 60 bis. Medidas provisionales», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Dir. R. GÓMEZ-FERRER), Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 317-327; BAÑO LEÓN, J.M., «El contencioso precontractual (...), *op. cit.*, p. 349-353; NOGUERA DE LA MUELA, B., «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», en *Justicia Administrativa: Libro Homenaje al Prof. R. ENTRENA* (Coord. MONTORO CHINER), Atelier, Barcelona, 2003, pp. 327-355.

En cualquier caso, el legislador de la LCSP incurre una vez más, con el artículo 38, en alguno de los mismos errores que el artículo 60 bis TRLCAP, y vulnera, por consiguiente, la Directiva de «recursos», por los siguientes motivos:

1^º) Las medidas provisionales se adoptarán por los órganos competentes, esto es, los recogidos en el artículo 37.4 LCSP, a saber «(...) cuando se trate de contratos de una Administración Pública, será competente el órgano de contratación o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública (...)». En consecuencia, en uno u otro caso, el órgano que resuelve no es un organismo administrativo independiente con el estatus que requiere la Directiva 89/665 en su artículo 2.8, párrafo 2^º ni, por otra parte, la regulación prevista facilita el acceso rápido a la jurisdicción contencioso-administrativa (27), posibilitando medidas provisionales autónomas en vía judicial. Puesto que, tal como afirma el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA (28), tales «recursos eficaces» tales «medidas provisionales», referidos a la Administración en España, sólo un Juez o Tribunal está en condiciones de prestarlas.

2^º) Las medidas provisionales pueden solicitarse con fines diversos, así «para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación» (artículo 38.1 LCSP). En concordancia, por tanto, con la Directiva, no se exige la suspensión automática, sino que se permite que el órgano competente para adoptar las medidas cautelares pueda tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los interesados eventualmente perjudicados, incluido el interés general.

Así, la técnica de la suspensión de los actos administrativos ha sido insuficiente para conseguir una justicia eficaz en el ámbito de la contratación pública, que en la mayoría de casos ha sido denegada por la jurisdicción contencioso-administrativa por cuanto, de otorgarse, dañaría normalmente el interés público, perjudicando así la obra, el suministro o el servicio que la Administración hubiese acordado contratar. En esta línea, la facultad de suspender la ejecución de un contrato se sujeta a la previa ponderación de los «intereses en conflicto», deben valorarse «todos» los intereses en presencia; de manera

(27) BAÑO LEÓN, J.M. «El contencioso precontractual (...)», *op. cit.*, p. 351.

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Art. 60 bis (...)», *op. cit.*, p. 321. A este respecto, afirma «apartar el conocimiento del problema de esta jurisdicción y atribuírselo a la (...) Administración, que es el “poder adjudicador” de los grandes contratos a quien hay que controlar, es (...) intentar convertir en controlador a quien debe ser justamente controlado (...)».

que de acuerdo con la letra del artículo 130 de la LJCA (29), habría que denegarla cuando la medida cautelar (sea ésta cual sea) pueda causar «perturbación grave de los intereses generales o de tercero»; términos, el de «perturbación» y el de «grave» que deben interpretarse en el sentido de favorecer la efectividad de la medida cautelar, habida cuenta la integración de la justicia cautelar en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) tal como tienen declarado la jurisprudencia más reciente (30), que impone, por tanto, que hablemos mejor de «daños» y que la «gravedad» se interprete necesariamente de forma restrictiva, para comprender únicamente los conflictos con otros derechos fundamentales, bien de tercero, bien de los que puedan resultar protegidos por la específica actuación administrativa (31), para poder denegar la medida cautelar.

Así, para que la suspensión u otras medidas cautelares sean factibles y no produzcan efectos perversos sería aconsejable que exista un proceso suma-

(29) El artículo 130 LJCA reza:

«1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.»

(30) Esta relación de medio a fin existente entre la institución cautelar y el derecho fundamental citado la recordó el Tribunal Supremo en su conocido Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 (también, entre otros, en los posteriores de 17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1995, etc.), afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la CE, «implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar». Y la ha afirmado el Tribunal Constitucional, básicamente en sus sentencias 14/1992, de 10 de febrero («...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»), 238/1992, de 17 de diciembre («...la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede —contra lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución— desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento»), y 148/1993, de 29 de abril («... de este mismo derecho fundamental —a la tutela judicial efectiva— deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquier derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso...», «...importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser la adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue ...»).

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, p. 642; CHINCHILLA MARÍN, C., «Comentario del art. 130 LJCA», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, REDA nº 100, p. 874; MONTORO CHINER, María J., «Rechtsstaatliche Entwicklungen im Recht der verwaltungsrechtlichen Verträge Spaniens. Ein ständiger Dialog «Zwischen nationalem Gesetzgeber und EuGH», en *Rechtsstaat und Grundrechte (Libro Homenaje al Prof. Merten)*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, pp. 470-471.

rio, con medidas rápidas que no paralicen eternamente los procedimientos de licitación, a modo del llamado *référé* precontractual del Derecho francés (32), donde el juez puede adoptar desde medidas provisionales, consistentes en una orden que obligue a la Administración a cumplir sus obligaciones o suspender la adjudicación o cualquier medida relacionada con ella, hasta medidas definitivas, sobre el fondo del asunto como anulación de cualesquiera actos del procedimiento de selección del contratista y supresión de cláusulas discriminatorias que pudieran formar parte del contrato.

En definitiva, medidas cautelares que han de articularse en el seno del proceso contencioso, no basta con reconocerlas en vía administrativa, puesto que no olvidemos que la Directiva de recursos exige que exista un procedimiento *de urgencia* para adoptar la medida cautelar *independiente* de la interposición del recurso, en consecuencia, como declaró el TJUE en su Sentencia de 15 de mayo de 2003, España incumple tal posibilidad de impetrar medidas cautelares autónomas.

3º) Asimismo, destacamos cómo no se dice nada en relación al plazo con el que se cuenta para solicitar las medidas provisionales y a partir de cuando se cuenta. Sí, en cambio, se determina que la decisión sobre aquéllas debe producirse dentro de los dos días hábiles siguientes a su solicitud (ya sea independiente o con el recurso especial), entendiéndose denegada si en el plazo, también de dos días, no recae resolución expresa. Previsión, por tanto, de un plazo fugaz, que posibilita la denegación por silencio negativo que, evidentemente, será recurrible en vía contencioso-administrativa.

4º) Finalmente, quisiéramos resaltar la previsión legal del artículo 38.6 LCSP, que vincula las medidas provisionales a un recurso (en este caso, al recurso especial en materia de contratación pública), no se configuran, por tanto, como autónomas, tal y como prevé la Directiva de recursos, puesto que si transcurre el plazo (diez días hábiles) para interponer el mencionado recurso

(32) A este respecto, la Ley nº 92-10, de 4 de enero de 1992 transpuso las Directivas comunitarias de contratos al derecho francés, y otorga al juez civil y al administrativo, el poder de juzgar en forma de *référé*, un procedimiento sumario y urgente, que decida sobre el fondo del asunto. El procedimiento es invocable por todo incumplimiento de las normas de publicidad y competencia exigidas por el Derecho Comunitario o el Derecho interno (procedimiento elegido, publicidad, respecto a los criterios objetivos de selección, tratamiento igualitario de los concurrentes, imparcialidad en la elección, etc...). La legitimación es amplia, los interesados en el amplio sentido de las Directivas (los que puedan ser eventualmente lesionados en su interés de concursar); además, el Prefecto, respecto de los contratos de las entidades locales, y el Gobierno francés en determinados supuestos.

Al *référé* precontractual se refieren BAÑO LEÓN, J.M., *El contencioso precontractual (...)*, op. cit., pp. 272-273; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso (...)*, op. cit., p. 639; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, pp. 296 y ss.; BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, 1999, pp. 87-88.

sin interponerse, las medidas provisionales que se hayan solicitado y acordado con anterioridad a la presentación de aquél decaerán una vez hayan transcurrido los diez días sin haberse deducido.

IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA FALTA DE MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Y LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO «URGENTE» EN MATERIA DE CONTRATOS

Ciertamente, en el Derecho español no se ha producido una actitud parecida a la que ha tenido lugar en otros ordenamientos vecinos (francés, alemán, portugués), a los efectos de introducir medidas normativas tendentes a transponer las Directivas sobre recursos; de manera que nuestro sistema jurisdiccional sí que satisface las exigencias comunitarias (33).

Así, remarcable resulta la innovación explícita del control jurisdiccional que ha realizado el legislador español, que se refiere al control judicial en el ámbito de los *contratos en los sectores especiales o excluidos*. Única innovación, que atribuía a la jurisdicción contenciosa-administrativa el conocimiento de los litigios que surgiesen en el ámbito de la Ley 48/1998, y así lo explicaba en su Preámbulo; y recogía el propio artículo 64.1 del referido texto

(33) FONT I LLOVET, T., «Control jurisdiccional de la selección de contratistas», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor S. Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 1464 y ss. Igualmente, resulta obligado el examen comparativo que realiza, BAÑO LEÓN, J.M., «El Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Anuario de Derecho Local 1995*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 44-48, de lo que él denomina «un ejemplo de adaptación innovadora de las Directivas europeas: el «referé precontractual» francés, lamentando la falta de adaptación procesal española en términos similares, como anteriormente lo habían hecho. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces (...)*, op. cit., p. 395; RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 254-258.

En el nuevo Código Portugués del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, publicada en «Diario de la República» de 22 de febrero de 2002, núm. 45 I – serie A, pp. 1423-1457) bajo la rúbrica «De los procesos urgentes» del Título IV, se recoge en el Capítulo I («De las impugnaciones urgentes») en su Sección II el «Contencioso precontractual» (art. 100 a 103), debiéndose interponer en el plazo de un mes desde la notificación de los interesados o, no existiendo deber de notificar, desde la fecha de su conocimiento (art. 101); sólo se admiten alegaciones en el caso de que se solicite o practique prueba con la contestación; veinte días de plazo para la contestación y para las alegaciones cuando éstas tengan lugar [art. 102.3.a)]; diez días para que el juez adopte una decisión o someta el proceso a juicio [(art. 102.3.b)]; cinco días en los restantes casos [art. 102.3.c)]. El ámbito es la impugnación de actos administrativos *preparatorios* de la celebración de contratos de obra, y de concesión de obras públicas, de prestación de servicios y de suministro de bienes (art. 100.1), pero se contempla, también, la posibilidad de ampliar el objeto del proceso a la impugnación del contrato en los términos del art. 63.

legal (hoy artículo 113 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de contratación en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales), al indicarse en aquél:

«Aunque se ha valorado la oportunidad de reservar la resolución de los recursos por incumplimiento de la Ley a instancias jurisdiccionales del orden civil, se ha optado finalmente por su tratamiento administrativo. Ello ha sido así porque los operadores de estos sectores deben cumplir, sin duda, determinadas normas de Derecho público como contrapartida por los derechos exclusivos o especiales de los que disfrutaban para la preservación, en la mayoría de los casos, de servicios esenciales para la comunidad. La intervención de los órganos administrativos abrirá a los interesados, en todo caso, la vía jurisdiccional contencioso-administrativa como garantía última.

En la línea apuntada, la Administración pública a la que se encuentre vinculada la entidad contratante puede decidir la suspensión de los procedimientos de adjudicación de los contratos, anular las cláusulas administrativas discriminatorias contenidas en los anuncios de licitación o en los pliegos de condiciones e, incluso la propia adjudicación del contrato, pronunciándose, si es requerida para ello, sobre la procedencia del abono de una indemnización por daños y perjuicios, fijando su importe».

Siguiendo tal previsión de la Ley 48/1998, hoy también recogida en la nueva Ley de procedimientos de contratación en sectores excluidos (Ley 31/2007), la Ley de contratos del sector público, de acuerdo con su artículo 21 (34) establece, a nuestro juicio, acertadamente, que el control de los actos separables de los contratos privados por la jurisdicción contencioso-administrativa se extenderá no sólo a los de los que se celebren por las Administraciones Públicas, sino también a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las entidades de derecho privado del sector público y los sujetos privados, en el supuesto de los subvencionados (artículo 17 LCSP). Debién-

(34) El artículo 21 LCSP dispone: Jurisdicción competente.

«1. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente, corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afectan a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada».

dose, en estos últimos casos, interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 37 LCSP con carácter previo al recurso contencioso administrativo (35).

En cambio, en el apartado 2 del artículo 21 LCSP se preceptúa, primeramente, que «el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados», hasta ahora tal como venía deduciéndose del artículo 9.3 TRLCAP en su primer inciso. Aunque después, se añade un segundo párrafo donde se plasma la huída de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se establece que el orden jurisdiccional civil será el competente «para conocer de cuantas cuestiones litigiosas que afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidas a la LCSP que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a regulación armonizada». Por tanto, por ejemplo, si se trata de un contrato de obras públicas *por debajo* de 5.278.000 de euros, las controversias sobre su preparación y adjudicación serán dilucidadas ante la jurisdicción civil; si por el contrario, alcanzan o superan el mencionado umbral cuantitativo se acudiría a la jurisdicción contencioso-administrativa. Se resucita, por tanto, la dualidad jurisdiccional (36), cuando lo acertado hubiera sido mantener la teoría de los actos separables, residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los litigios que se planteen en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante (37). Puesto que, no olvidemos, que en aplicación de la LCSP los actos de preparación y adjudicación de contratos de una entidad pública empresarial se residenciarán en la jurisdicción civil. ¿Es que han dejado aquéllos de ser actos administrativos?

(35) MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. La nueva Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático, Edit. La Ley, Madrid 2007, p. 191.

(36) Tal planteamiento se sostenía ya con la legitimación de contratos anterior por MACERA, B., «La sujeción a control contencioso-administrativo del fieri de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio impropio a una tendencia de privatización ilegítima», RAP nº 155 (2001), pp. 242-251; BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho Administrativo», REDA, nº 78 (1993), pp. 234 y ss.

(37) MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley (...)*, op. cit., p. 191-192; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 227 y ss. Ante tal reparto jurisdiccional, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en «De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable de degradación de la Ley», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 0, octubre 2008, considera que tal previsión muestra que «estamos ante un acto arbitrario del legislador que vulnera la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que establece el art. 9.3 CE».

De otra parte, como apunta ORDÓÑEZ, no ha habido ninguna reforma estructural de la jurisdicción contencioso-administrativa que haya tenido en cuenta la experiencia comunitaria en materia de contratación pública. La LJ de 1998 no tuvo presente las propuestas o comentarios que al respecto se hicieron, entre otros, por MESTRE DELGADO (38) que apuntaba, diez años antes de la referida reforma jurisdiccional, algunas propuestas en este ámbito vinculadas, por ejemplo, a la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y a la mayor amplitud de las medidas cautelares.

En el mismo sentido, GIL IBÁÑEZ (39) ponía reparos a las medidas cautelares previstas por nuestro ordenamiento en cuanto a su conformidad con las exigencias de las Directivas. En fin, respecto a los poderes para «anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales incluida la supresión de las características, técnicas, económicas o financieras discriminatorias», el referido magistrado también recordaba las dificultades que en nuestro ordenamiento plantea la legitimación de quien no haya participado en el proceso de adjudicación o de la falta de impugnación directa de determinados actos.

Hay, además, por lo que se refiere a la exigencia de eficacia y rapidez de los recursos judiciales, un déficit grande en nuestro proceso contencioso-administrativo. La realidad es que también en materia de contratación nos encontramos ante una justicia lenta e ineficaz. La larga duración de los procesos hace que en muchas ocasiones se dicte la sentencia cuando ya se ha ejecutado el contrato, circunstancia que explica la escasa jurisprudencia española que existe sobre el tema, como han notado BAÑO LEÓN y FONT I LLOBET (40), entre otros.

Efectivamente, falta un procedimiento contencioso urgente y sumario en materia de contratos.

El artículo 1.1 de la Directiva 89/665 dice que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz,

(38) MESTRE DELGADO, J.F., *El control de la adjudicación de los contratos públicos (...)*, op. cit., p. 37.

(39) GIL IBÁÑEZ, J.L., «El control jurisdiccional de los contratos administrativos», en *Contratación administrativa II*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII/1997, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, pp. 309-311. Respecto a la legitimación puesta en duda por GIL IBÁÑEZ, sin embargo, MESTRE DELGADO consideraba que la regulación española, incluida la doctrina del Tribunal Supremo, era acorde con el Derecho comunitario, *ibidem*, p. 39.

(40) BAÑO LEÓN, J.M., *El contencioso precontractual (...)*, op. cit., p. 338; FONT I LLOBET, T., *Control jurisdiccional (...)*, op. cit., p. 1465. Asimismo ORDÓÑEZ SOUS, D., *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 294, denuncia cómo las cuestiones relativas a la contratación están sustraídas en gran medida del conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo cuya eficacia y rapidez es proverbial.

y en particular, lo más rápidamente posible...» y en el artículo 2.8 se añade que los Estados miembros velarán para que «las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz». Previsiones que comportan que las normas de cada Estado miembro, deben permitir, no sólo la adopción de medidas cautelares «(...) lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia (...) para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados (...)» sino también la anulación rápida de las decisiones ilegales, que exista un procedimiento de urgencia —(no sólo referido al procedimiento cautelar)— que dirima finalmente la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa (STJUE de 19 de septiembre de 1996. Comisión contra Grecia). Pues bien, nuestro sistema procesal no responde a tales exigencias (41), no contamos con un procedimiento de urgencia sobre el fondo del asunto.

No queda, por tanto, a la discrecionalidad de los Estados el criterio para suspender o no el procedimiento de adjudicación. La Directiva 89/665, también en su nueva versión, establece (en su artículo 2.5), que los órganos de control puedan tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar a las ventajas. El criterio de ponderación consiste, por tanto, en sopesar las ventajas e inconvenientes para todos los interesados y, en particular, para el interés público. Esa ponderación será más favorable a la desestimación de medidas cautelares cuanto más pueda prolongarse en el tiempo el procedimiento judicial sobre el fondo. (BAÑO LEÓN) (42). De ahí, que en el ordenamiento francés y alemán exista un procedimiento judicial *ad hoc* de carácter urgente, donde el posible efecto perjudicial de una medida cautelar se minimiza. En cambio, en nuestra regulación, y me refiero al artículo 129 LJCA los criterios por él introducidos implican mayor confusión.

En suma, la LJCA ni prevé un procedimiento sumario en materia de contratos ni mejora la regulación técnica de la justicia cautelar (artículo 129 y 130 de la LJCA). Algo que sí recoge la Ley 15/2002, Ley portuguesa que bajo la rúbrica de los procesos «urgentes», recoge el «contencioso precontractual» (artículos 100 a 103), y en su Título V se refiere a los procesos «cautelares», refiriéndose en el art. 132 a las medidas cautelares en procedimientos de perfección de contratos.

(41) BAÑO LEÓN, J.M., *El contencioso precontractual (...)*, op. cit., pp. 338-339 y 350-351; IDEM, *El proyecto de Ley de contratos (...)*, op. cit., p. 70.

(42) BAÑO LEÓN, J.M., *El contencioso precontractual (...)*, op. cit., p. 354; DE LA SIERRA, S., «Las medidas cautelares en la contratación pública», RAP, nº 164 (2004).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la vista de cuanto antecede podemos concluir que el contencioso-administrativo, a través de una serie de cauces procesales generales (que todos conocemos), difícilmente va a ser capaz de satisfacer el reto que le imponen las directivas comunitarias de contratación, de otorgar una protección adecuada a favor de los intereses de los particulares que impugnan una adjudicación ilegal. De ahí, que resulte conveniente plantearse hasta qué punto no puede llegar a satisfacer mejor —las pretensiones del afectado por un adjudicación ilegal— un sistema de control procesal «*ad hoc*» diseñado *expresamente* para resolver los problemas que plantea el control de las adjudicaciones ilegales, aunque no sea necesariamente judicial, pero que, en todo caso, se residencie ese control en un órgano independiente, pero no en el órgano de contratación.

Por tanto, la reforma, en algunos aspectos, es *parcialmente* positiva, pero el sistema sigue siendo ineficaz, e incluso diría que a la vista de la LCSP va a potenciarse la dualidad de control jurisdiccional, con la posibilidad de que aparezca jurisprudencia discrepante.

Asimismo, insistir en que las directivas comunitarias piensan en un «control judicial» de las adjudicaciones, pero no es menos cierto también que admiten un modelo «administrativo» con garantías «judiciales» (43).

(43) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El Derecho Administrativo Europeo*, IAAP, Sevilla, 2005, p. 163.