

Las modificaciones en el régimen de invalidez de los contratos del Sector Público tras la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN DE INVALIDEZ.—2.1. Régimen General.—2.2. Régimen especial: Supuestos especiales de nulidad contractual.—III. PROCEDIMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ.—3.1. Recursos administrativos.—3.1.1. Revisión de oficio y vía de lesividad.—3.1.2. Recurso especial en materia de contratación.—3.1.3. Cuestión de nulidad.—3.1.4. Otros recursos administrativos.—3.1.5. Los Tribunales administrativos.—3.2. Recursos ante los tribunales de justicia.—3.2.1. Recurso ante el orden jurisdiccional civil.—3.2.2. Recurso contencioso-administrativo.

RESUMEN

El 9 de septiembre por Ley 34/2010 entró en vigor la modificación de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público. Entre las principales novedades que introduce pueden destacarse la regulación de un régimen de invalidez con nuevos supuestos especiales de nulidad de los contratos, la aparición de un nuevo procedimiento para la interposición de la cuestión de nulidad, una nueva regulación del recurso especial en materia de contratación pública, añadiendo un nuevo Libro VI a la Ley de Contratos, la creación de unos órganos independiente para la resolución de estos recurso especiales, la perfección de los contratos pasa del momento de la adjudicación al de su formalización y desaparece el doble trámite de adjudicación provisional y definitiva.

Pero la verdadera novedad se encuentra en la nueva regulación de este recurso administrativo en materia de contratación porque su interposición produce efectos sus-

★ Letrada de la Asamblea de Madrid.

pensivos de forma automática para evitar las adjudicaciones ilegales, es de naturaleza exclusiva y potestativa y resuelto ante un órgano independiente. Exclusivo porque deja a un lado los recursos ordinarios; y potestativo porque no es precisa su interposición para dirigirse al contencioso-administrativo.

La creación de un nuevo órgano independiente para resolver este recurso viene impuesto por Europa, en concreto por la insuficiencia legal que desde la perspectiva comunitaria alcanzaba la regulación del antiguo recurso especial ex artículo 37 de la Ley 30/2007 tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 3 de abril de 2008 y por la necesidad de transponer la Directiva Comunitaria 2007/66 CEE que pretende mejorar la transparencia y evitar la discriminación en materia de adjudicación de contratos del Sector Público.

La Ley ha optado finalmente por crear un nuevo Tribunal Administrativo Central en materia de contratación que si las Comunidades Autónomas lo deciden puede convertirse en su Tribunal (aunque por la propia redacción de la Ley, parece que lo correcto sea que cada Comunidad Autónoma tenga que crear su propio órgano independiente), como órgano administrativo, compuesto por funcionarios independientes que no pueden ser removidos ni suspendidos durante su mandato de seis años más que por las causas tasadas que establece en la Ley y cuyas resoluciones de recursos dejan abierto el camino a la jurisdicción contenciosa.

ABSTRACT

There has been an important new development in the law of public sector procurement, namely the coming into force on September the 9th 2010 of the Act 34/2010 amending Public Contracts Act 30/2007. Among the main updates contained therein, we may highlight the new special causes for contract nullity, a new procedure for entering nullity claims, a new regulation for special appeals through the addition of a "Chapter VI" to the Public Contracts Act Law; the setting-up of new independent bodies for the determination of said specific appeals changes; the shifting of validity of contracts, i.e. of their enforceability, from the date of award to the date of formal registration, and lastly, the elimination of the two-phase process of provisional and final award.

The real innovation consists however in the new set of rules for the aforesaid administration appeals in the field of procurement contracts: the filing of the appeal has an automatic suspending effect in order to prevent unlawful awarding. It was an exclusive and optional nature and it is heard and solved by an independent body. Is it exclusive inasmuch as it replaces ordinary appeals, and it is optional because previous filing thereof is no longer necessary for the final lodging, if need be, of a "contentious" appeal before the high administrative courts.

The setting-up of a new independent body for the determination of this special type of appeal is due to the state of legal insufficiency, from a European Union perspective, of the former special appeal provided for in Section 37 of said Act 30/2007 as a result of European Court of Justice' decision of April 3, 2008, and also to the obligation of the Spanish State to transpose into national law Directive 2007/66/EEC, a provi-

sion aimed at enhancing transparency and preventing discrimination in the awarding of public sector contracts.

The legislator has finally decided to set up in the field of procurement contracts a new Central Administrative Court that may also have regional jurisdiction if Self-Governing Communities so wish (though the phrasing itself of the Act seems to indicate that each Self-Governing Community should set up its own independent body). This shall be an administrative agency, consisting of independent high-rank civil servants who cannot be discharged nor suspended during their 6-year tenure of office for any other reasons than those listed in the Act. The court's decisions shall open the way to the aforesaid "contentious appeal" before high administrative jurisdiction.

I. INTRODUCCIÓN

El 9 de agosto de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, la nueva Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

Esta nueva reforma crea un nuevo recurso administrativo, a fin de adaptar los requerimientos de la Directiva 2007/66/CEE, de 22 de diciembre, que modificó las anteriores Directivas europeas en materia de recursos con el fin de mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Si bien la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales ya incorporaba alguna de las exigencias de esta nueva Directiva, la Comisión denunció determinadas deficiencias, por lo que ha resultado necesaria también su modificación.

Por su parte, al crearse un nuevo recurso administrativo ha sido necesario darle reconocimiento en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de ahí su modificación.

El marco regulador de los nuevos recursos viene determinado fundamentalmente por la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, y la Directiva 2004/18/CEE, de 31 de marzo, relativas a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros, obras y de servicios.

Por otro lado la Directiva 2004/17/CEE, de 31 de marzo, que remite a la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero, se refiere a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos

de formalización de los contratos de las entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Las citadas Directivas están inspiradas en el *référé provision*, fórmula de origen francés hecha suya por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en el Auto de su Presidente Antonissen, de 29 de enero de 1997. Se trata de juicios rápidos, provisionales que dan la razón inmediata a quien exhibe una posición seria frente a la cual el demandado no opone razones aparentemente consistentes y cuyo fallo no produce fuerza de cosa juzgada, pudiendo quien lo pierde abrir ulteriormente un nuevo recurso. Estos *référés* vuelcan inmediatamente la situación, privando al incumplidor, de la ventaja posicional que le da el hecho de quien tiene una fuerte apariencia de razón frente al que tenga que montarle un proceso declarativo y esperar los largos años que normalmente tardará el proceso a llegar a sentencia firme.

Es justamente ese contenido el que la Directiva 89/665 impone a los Estados miembros al establecer que:

«Es necesario adoptar medidas destinadas a suspender o hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicatarios puedan ser recurridos de manera eficaz y lo más rápidamente posible dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador podría eventualmente adoptar».

Se trata, por tanto, de establecer un procedimiento sumario y urgente con la finalidad de que se produzca la efectiva concurrencia en las ofertas, que es la razón que persigue el Derecho comunitario. Ahora bien, estas llamadas Directivas de recursos se refieren en todo momento a los procedimientos de recurso sin prejuzgar cuál debe ser la opción del legislador nacional. El único requisito que se exige es que la resolución del recurso sea por un órgano independiente del órgano de contratación y que permita resolverse antes de adoptar la formalización del contrato, razón por la cual dos son los sistemas que han optado los distintos países de la Unión Europea: el modelo francés o el modelo alemán.

En el Derecho francés por vía legal en 1992, se ha introducido como un procedimiento judicial especial llamado *référé précontractuel*, que se le ha llamado también «recurso contencioso-administrativo de tercer tipo», pues es autónomo, de actuación rápida e inmediata para aplicarse en caso de infracción de las normas de publicidad y de bases de licitación donde el juez de lo contencioso-administrativo dispone por de pronto de medidas provisionales, que serían verdaderas medidas cautelares y que finalizan en una sentencia que se pronuncia precisamente sobre esas cuestiones. Y, lo fundamental que el recurso no es admisible si ya está adjudicado el contrato, porque su fin específico es que el contrato llegue a formalizarse en las condiciones de publicidad y competencia abierta buscados por las normas

comunitarias¹. Sin embargo, la legislación francesa aplicaba este recurso sólo para los contratos en materia de agua, energía, transporte y telecomunicaciones; será a partir de la Ley 92 de 2010, en aras a dar cumplimiento a la última Directiva 66/2007 quien hace extensivo este tipo de recurso para el resto de los contratos previstos en la normativa comunitaria².

En Alemania, sin embargo, se ha optado por un sistema distinto al judicial. La tendencia contractual de este país es la de fraccionar los contratos, sobre todo los de obra, en aras a permitir a las empresas pequeñas especializadas obtener la adjudicación de alguna parte de un contrato en vez de acudir a la subcontratación, por esta razón, se creo un recurso administrativo *ad hoc*, ante un órgano administrativo y ello porque el recurso judicial de un contrato suspende la ejecución del contrato en sí y se temía que el recurso interpuesto contra una parte de una obra pudiera paralizar la ejecución del resto, obligando incluso a indemnizar al resto de los contratistas. Este nuevo recurso se puede interponer ante un órgano administrativo con autonomía funcional del órgano de contratación y cuya finalidad es resolver los problemas que pudieran suscitarse en el marco de un contrato antes de su adjudicación o formalización³.

Ambos sistemas se implantaron en sus respectivos ordenamientos jurídicos en aras a cumplir con la Directiva 89/665 ya citada.

Y posteriormente se han ido adaptando a las nuevas Directivas dictadas en esta materia.

En España la acomodación de los contratos públicos al Derecho comunitario se ha llevado a cabo a través de sucesivas reformas⁴ que han pasado desde el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hasta la Ley de Contratos del Sector Público y la modificación 34/2010 que me ocupa.

Cuando el legislador español transpuso a nuestro Derecho las normas comunitarias sobre contratación, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, se planteó de forma expresa la oportunidad de incorporar las Directivas de recursos, cuestión que resolvió negativamente por entender que la materia de recursos no constituía su objeto sino que debería llevarse a cabo mediante la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, lo que no se hizo, porque se

¹ Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. ¿Tiene efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?», *RAP*, núm. 151, enero-abril, 2000.

² Para más conocimiento del origen y alcance del recurso precontractual francés ver la página web del Consejo de Estado francés.

³ HUERGO LORA, Alejandro, «La supervisión de los contratos públicos: dieciocho nuevos órganos administrativos en lugar de un verdadero control judicial».

⁴ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, «Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, enero-junio 2008,

entendió que nuestro ordenamiento jurídico, en sus distintas normas procedimentales y procesales, se ajustaba ya a su contenido.

Pero, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 15 de mayo de 2003 (asunto C-214/00) consideró que el sistema español no se adaptaba a las exigencias de la Directiva 89/665 diciendo:

«78. Según se desprende del artículo 1, apartado 1 y 3 de dicha Directiva, los procedimientos de recurso a que ésta se refiere deben ser, por una parte, eficaces y lo más rápidos posible y, por otra, accesibles a cualquier persona que haya tenido o tenga interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una 'presunta infracción'».

«99. A este respecto, procede señalar que, si bien la normativa española establece la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de carácter positivo, no cabe considerar que constituya un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras, dado que exige por regla general la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo como condición para la adopción de una medida provisional contra una decisión de la entidad adjudicadora»⁵.

La Sentencia anterior así como muchas otras, tales como: la de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00) y la de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03), llevaron a la elaboración por parte del Reino de España de una nueva normativa de contratos a través de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, entrando con ello en una nueva reforma de la normativa contractual, que no parece que vaya a ser la última y ello porque, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha vuelto a poner de manifiesto una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en España, razón por la cual las Directivas anteriores, entre otras razones por España, han sido modificadas por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre.

En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó una sentencia el 3 de abril de 2008 (asunto C-444/06), en la que declara que:

«... el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letra a) y b) 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 suministro y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión

⁵ Vid. Francisco SANZ GANDASEGUI, «El recurso especial en materia de contratación en la Ley de contratos del Sector Público», Escuela de Administración Regional de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 12 de diciembre de 2008.

de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración».

Este fallo se fundamenta sobre la base de que el artículo 2.1.a) y b) en relación con el artículo 6 párrafo segundo de dicha Directiva deben 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 (antes de la celebración del contrato) por la que resuelve con qué licitador celebrará el contrato.

De este modo, la protección jurídica completa debe garantizarse antes de la celebración del contrato, en aras a un efecto útil de la Directiva sobre recursos contra actos definitivos o de trámite, lo que sólo se puede conseguir adoptando medidas provisionales que lleguen a impedir la formalización del contrato y en suma la ejecución del mismo, hasta que se resuelva el recurso específico que se haya interpuesto.

El Tribunal insiste en que de nada sirve un sistema de recursos contra actos definitivos o de trámite, si el acto de adjudicación implica por sí mismo la celebración del contrato, y la decisión de la entidad adjudicadora no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato y comienzo de su ejecución⁶.

Sin embargo, entiende el Tribunal que el mantenimiento de los efectos de un contrato anulado puede tener lugar única y exclusivamente cuando se cause una perturbación grave al servicio público.

Las autoridades españolas consideraron que tal y como se reglaba el procedimiento de recurso en la Ley 30/2007 se cumplían las exigencias de la Directiva 89/665/CEE. Pero, la Comisión Europea no compartió esa opinión y, en cumplimiento del artículo 228 del Tratado CEE insta a través de una carta de emplazamiento primero y un Dictamen motivado de 8 de octubre de 2009 después, al Gobierno de España a adoptar antes de dos meses las medidas requeridas en su última Directiva y que no se ven reflejadas en la Ley 30/2007, ya que: entre la adjudicación definitiva y la celebración del contrato, no se proporciona a los licitadores no seleccionados los elementos necesarios para poder recurrir efectivamente la decisión de adjudicación con anterioridad a la celebración del contrato, cumpliendo con ello el objetivo perseguido con las Directivas comunitarias.

Fruto de lo anterior es la nueva reforma que ha sufrido la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Reforma que, por otro lado no ha extrañado a ningún sector, pues antes de su aprobación e incluso tras su entrada

⁶ Vid. Francisco Javier VÁZQUEZ MATILLA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, la vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, enero-junio 2008.

en vigor, todos la consideraron, entre otras cosa, de incompleta por insuficiente cumplimiento de la normativa comunitaria⁷.

A la vista de la reforma voy a centrarme en este artículo en el régimen de invalidez de los contratos, que si bien ya era enojosamente complejo antes de la modificación, ahora se complica un poco más porque como dice el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, aun siendo conscientes de la necesidad de adoptar lo antes posible las medidas legislativas precisas para cumplir a las exigencias de la Comisión Europea la existencia de tres instancias territoriales y la posibilidad de crear tantos Tribunales como instancias estatales y autonómicas supone una compleja estructura organizativa que, puede llegar a resoluciones muy dispares ante supuestos parecidos y sin la efectividad de las garantías previstas en los recursos de carácter jurisdiccional. Y es que como dice este Órgano:

«El Consejo de Estado no puede dejar de señalar que el modelo que mejor corresponde al objeto de asegurar la efectividad de las garantías previstas es el que configura un recurso especial de carácter jurisdiccional cuyo conocimiento se atribuye a los juzgados de lo contencioso-administrativo».

El legislador demuestra con esta opción una clara desconfianza hacia la Jurisdicción contencioso-administrativa, en cuyas manos no quiere en modo alguno dejar un instrumento que le permita rectificar las decisiones administrativas ilegales en materia de contratos. Pero, al obrar así, se ha perdido una magnífica oportunidad de reformar a fondo el Contencioso para hacerlo capaz de responder al reto que suponen estos recursos tan rápidos.

Si a ello se le añade el que la pretendida celeridad que podría ganarse en la primera fase de recurso administrativo, al ser éste potestativo, se pierde o se podría perder en la segunda fase de recurso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no parece tener sentido el crear este tipo de órganos administrativos.

Debe también llamarse la atención sobre la confusión que genera la determinación del órgano competente para resolver y la determinación del órgano ante el que hay que interponer el recurso especial cuando la entidad contratante esté vinculada a más de una Administración y si todas las Administraciones ostentasen una participación igual, porque en estos supuestos el recurrente puede elegir el órgano ante quien interpone el recurso, lo cual sólo tiene sentido si por la naturaleza del acto impugnado, el recurrente sólo pudiera ser uno.

Las principales novedades introducidas afectan, como ya he dicho, al régimen de invalidez mediante la creación de unos supuestos especiales de nulidad y la aparición de unos nuevos órganos administrativos, a los que se denomina Tribunales para resolver estos supuestos especiales de nulidad y el antiguo recurso especial en materia de contratación. A tal efecto, se

⁷ La información más reciente sobre los procedimientos de infracciones contra los Estados miembros puede consultarse en: <http://ec.europa.eu/community law/index en.htm>.

establece un nuevo procedimiento para la interposición de estos recursos y se suprime la distinción entre la adjudicación provisional y la definitiva de los contratos, de tal forma que, para los contratos que celebren los poderes adjudicadores, ambos actos se refunden en uno sólo: la adjudicación del contrato.

Esta refundición en un solo acto, que ha supuesto numerosas modificaciones de la LCSP tiene por objeto evitar que los actos producidos entre ambas actuaciones queden fuera de la posibilidad de recurso pues, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, *«el carácter universal del recurso exige que estas actuaciones, como cualquier otra, puedan ser objeto del mismo, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánicos en los que la controversia jurídica es apenas imaginable»*.

La adjudicación provisional servía para crear un periodo de congelación procedimental que paralizaba la adjudicación definitiva y consiguiente perfección de los contratos mientras se analizaban los recursos pero, este efecto pretende lograrse de igual modo tras la reforma mediante dos previsiones aplicables a los contratos susceptibles de recurso especial:

- La perfección del contrato se traslada del momento de la adjudicación al de su formalización o firma.
- El acuerdo de adjudicación se suspenderá de forma automática cuando se interponga el recurso especial⁸.

La técnica normativa seguida, ha consistido en desdoblar en el Capítulo V, del Título I, del Libro Primero de la Ley: (arts. 31 a 39) *«El régimen de invalidez de los contratos»* estableciendo por un lado, la Sección primera como *«Régimen general»*, y la Sección segunda como *«los supuestos especiales de nulidad»*, así como añadir un nuevo Libro VI bajo la rúbrica *«Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos»* (artículos 310 a 320), lo que a su vez ha afectado a un número extenso de preceptos tanto de la parte dispositiva como final de la Ley⁹.

⁸ Vid. Blanca LOZANO, «Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Reforma de los Recursos en materia de contratación», *Análisis*, Gómez-Acebo y Pombo. www.gomezacebo-pombo.com, agosto 2010.

⁹ Tales como: el 17 (contratos subvencionados); 21 (jurisdicción competente); 27 (perfección de los contratos); 28 (carácter formal de la contratación del sector público); 31 (supuestos de invalidez); 34 (revisión de oficio); 35 (efectos de la declaración de nulidad); 37 (supuestos especiales de nulidad contractual); 38 (consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad en los supuestos del artículo anterior); 39 (interposición de la cuestión de nulidad); 42 (perfil del contratante); 49 (prohibición de contratar); 50 (declaración de la concurrencia de prohibiciones de contratar y efectos); 83 (exigencia de garantía); 87 (constitución, reposición y reajuste de garantías); 91 (exigencia y régimen); 92 (supuestos y régimen); 96 (tramitación urgente del expediente); 99 (pliego de cláusulas administrativas particulares); 100 (pliego de prescripciones técnicas); 130 (presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos); 135 (clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación); 136 (ofertas con valores anormales o desproporcionados); 138 (publicidad de la formalización de los contratos); 139 (renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración); 140 (formalización de los contratos); 145 (adjudicación); 174 (adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada); 181 (procedimiento de celebración de acuerdos marco); 182 (adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco); 186 (adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de con-

II. RÉGIMEN DE INVALIDEZ¹⁰

Como ha señalado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de marzo de 1982, la contratación pública está sometida a una serie de formalidades que la diferencian de la civil, en donde predomina el principio de espiritualidad. En el caso de que alguna de estas formalidades se vea incumplida nos encontramos ante la institución de la invalidez del contrato.

Los contratos son inválidos cuando incurren en alguna infracción del ordenamiento jurídico.

Esta infracción del ordenamiento jurídico puede afectar:

- A los actos administrativos previos que dan origen al contrato: actos preparatorios, procedimiento de licitación o de adjudicación.
- Alguna de las cláusulas materiales del contrato que definen los derechos y obligaciones de las partes.

Las infracciones en que incurra un contrato pueden viciar a éste con diversos grados o supuestos de invalidez que van desde la nulidad de pleno derecho, pasando por la anulabilidad hasta por las irregularidades no invalidantes.

Antes de proceder al análisis de los supuestos de invalidez, siguiendo la doctrina tanto del Tribunal Supremo como del Consejo del Estado es necesario no confundir esta figura con la de inexistencia del contrato o extinción del mismo.

El Tribunal Supremo ha entendido que la inexistencia tiene lugar cuando no es que exista un vicio que pueda hacer inválido un acto o un contrato, es que éste no ha llegado ni siquiera a nacer. Con carácter general, el criterio para distinguir un supuesto de otro es entender la invalidez aplicable cuando se trate de un contrato que se ha perfeccionado con la adjudicación, en el caso de contratos celebrados por la Administración o por otros entes del Sector Público cuando estén sujetos a regulación armonizada y, en los restantes casos, mediante la emisión del consentimiento.

La consecuencia de un contrato inexistente es que no procede la liquidación de las actuaciones realizadas con sujeción a las cláusulas que rigen el cumplimiento del contrato, ni tampoco la liquidación de un contrato nulo. Procede aplicar el principio del enriquecimiento injusto o sin causa que

tratación); 206 (causas de resolución); 208 (efectos de la resolución); Disposición Adicional tercera (régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y los órganos legislativos y de control autonómicos); Disposición Adicional décimo novena (usos de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley); Disposición Adicional vigésimo séptima (prácticas contrarias a la libre competencia); Disposición Final séptima (títulos competenciales).

¹⁰ Para un completo estudio del Régimen de invalidez ver *Memento Práctico*, Francis Lefebvre, 2009-2010. O también “*La nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, Estudio sistemático de José Antonio Moreno Molina y Francisco Pleite Guadamillas, *La Ley*, febrero 2008. *Aplicación práctica de la Ley de contratos; pliego de cláusulas administrativas particulares*, editorial Lex Nova, 2009; *Contratación Administrativa*, 2.ª edición, coordinador Hilario Llavador Cisternes, Aranzadi, 2009. *Práctica de la Ley de contratos; pliego de cláusulas administrativas particulares*, Lex Nova, 2009.

supone el pago de aquello en el que el particular se haya empobrecido o aquello en el que la Administración se haya enriquecido.

Como ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias como la de 24 de marzo de 1975, 13 de julio de 1984 o 21 de marzo de 1991, es inexistente y no nulo, un supuesto contrato en el que no se produjo adjudicación ni manifestación de la voluntad administrativa ni tampoco se llegó a determinar de común acuerdo, el servicio a prestar y el precio del mismo, pese a ser ello requisito esencial. Pero la realización de un servicio público da lugar a la obligación de pago por parte de la Administración, tanto si se fundamenta en un cuasi contrato, como si se apoya en el enriquecimiento injusto que impone a éste la compensación del beneficio económico recibido e incluso, si se actuó de buena fe por el particular, puede llegar a exigirse que la Administración abone íntegro el precio pactado a pesar de la inexistencia del contrato.

El Consejo de Estado, por su parte, en numerosos Dictámenes (45110/1983 de 7 de abril; 269/2005 de 7 de abril; 3014/2003 de 30 de noviembre; 88/2004 de 4 de marzo...) ha dicho que la necesidad del cumplimiento de un procedimiento administrativo de contratación se justifica por la finalidad pública a la que sirve. Por ello, en ausencia de una adjudicación por la Administración o de un ente del Sector Público o del consentimiento del contratista, debe entenderse que éste no se ha perfeccionado y, en tales casos no debe hablarse de un contrato nulo sino inexistente. E incluso ha llegado a distinguir entre la responsabilidad contractual, responsabilidad patrimonial y enriquecimiento injusto. En cuanto no hay contrato vigente sólo cabe hablar de enriquecimiento injusto, lo que en el Derecho romano se encuadra en el cuasi contrato y que se recoge en el Código civil en dos supuestos concretos: la gestión de un negocio ajeno y el pago de lo indebido, de difícil acoplamiento en el sistema de contratación pública pero admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Posteriormente, sin embargo, el Consejo de Estado, en su Dictamen 1022/2005 de 30 de junio, ha reconducido el enriquecimiento injusto a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración por inactividad antijurídica y daño de terceros. Es la antijuridicidad de esta inactividad el criterio fundamental para determinar los niveles de eficacia exigibles a la propia Administración, el factor determinante de la responsabilidad en cuestión, pues antijurídico es prescindir de las formas procedimentales de la contratación administrativa. Cuando existe una relación de causalidad entre el funcionamiento anormal, la falta de contratación debida, el consiguiente impago y daño de la empresa que prestó sus servicios sin el oportuno soporte contractual hay enriquecimiento injusto y por ello responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, cuando la Administración ha adjudicado de hecho un contrato a un contratista mediante la oportuna declaración de voluntad y concurre el consentimiento del contratista, el contrato debe entenderse perfeccionado (aunque haya sido verbal) y la consecuencia asociada

a esta situación es que entra en juego la responsabilidad contractual de la Administración, mediante la liquidación del contrato en los términos establecidos en las normas de los contratos nulos, incluyendo en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Finalmente, como recuerda el Consejo de Estado en su Dictamen 1722/2004 de 22 de julio, no cabe confundir la invalidez con la extinción de los contratos. Cuando una de las partes ejecuta la facultad de resolución se está ante la extinción de un contrato. La invalidez se da por vicios originarios en el contrato, mientras que si éstos se fundan en circunstancias sobrevenidas posteriores a la adjudicación será extinción. Pero, sólo en el supuesto de que se produjera alguna de las causas de resolución establecidas en la Ley de Contratos o en el contrato procedería la resolución de éste, en los demás supuestos será causa de invalidez. El mecanismo de extinción anticipada del contrato por medio de resolución constituye un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto. Ahora bien, si se acuerda la invalidez de un contrato no procede su resolución por parte de la Administración porque este mecanismo sólo es posible antes de que se haya producido la extinción del contrato por otras causas. Aunque la invalidez del contrato suponga, en ocasiones su cancelación, es claro que si el negocio está viciado de invalidez no cabe su resolución. En tales casos lo que procede es declarar el contrato en fase de liquidación, con las consecuencias que se establezcan en las normas que regulan la contratación (Dictamen del Consejo de Estado 3007/2003 de 4 de diciembre).

2.1. Régimen General

La Ley 34/2010 de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) ha introducido alguna variación en el régimen general de invalidez. Así, en el Libro I, del Título I, en el Capítulo V, se crea una Sección primera bajo la rúbrica «El Régimen general» pero la única modificación que se introduce en los artículos 31, 34 y 35 consiste en suprimir la distinción entre adjudicación provisional o definitiva, por haber desaparecido en la Ley la distinción entre una y otra. El régimen general de invalidez por nulidad o anulabilidad de los contratos y su revisión de oficio, sigue el mismo procedimiento y con el mismo sentido que antes de la modificación.

Los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos a que se refiere el artículo 17 son inválidos:

- en el caso de que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado;
- cuando lo sean alguno de sus actos preparatorios o de adjudicación por concurrir alguna de las causas de Derecho administrativo o de Derecho civil.

De la dicción literal del artículo se desprende que su ámbito objetivo comprende tanto los contratos administrativos como los privados celebrados por la Administración, y es que ambos contratos quedan sometidos a una disciplina interna hasta llegar a su formalización. Así, cabe la revisión de un contrato por causas de nulidad civil.

Del artículo 31 se deduce que la invalidez de los contratos puede afectar a cualquier trámite del procedimiento, a cualquier contrato, o por cualquier causa de las previstas en derecho, porque puede ser:

- Por ilegalidad del clausulado del contrato o por vicios en sus actos de preparación o adjudicación.
- Tanto a los contratos administrativos, como a los privados de las Administraciones Públicas, como los sujetos a regulación armonizada o los subvencionados del artículo 17.
- Las causas de invalidez pueden ser de Derecho administrativo o de Derecho civil.

A) Por ilegalidad del clausulado del contrato o por vicios en sus actos de preparación o adjudicación. En estos casos me estoy refiriendo a cualquier acto que se suscite en el procedimiento, a saber:

A.1) Invalidez por ilegalidad del clausulado del contrato

La LCSP ha venido a recuperar el antiguo artículo 40 del Decreto 3410/1975 y que la anterior Ley de Contratos había suprimido sin motivos. En estos supuestos se declara la invalidez del contrato por ser ilegales las cláusulas de los pliegos de condiciones particulares, ya que una vez perfeccionado el contrato éstos se convierten en Ley para las partes y son de inexcusable cumplimiento. Sin embargo, si alguna de estas cláusulas es ilegal puede producirse la declaración de nulidad de pleno derecho o anulabilidad del contrato.

La declaración de nulidad lleva consigo la nulidad del contrato, que entra en fase de liquidación. Cuando un contrato contenga cláusulas nulas de pleno derecho, la Administración puede revisar de oficio y declarar nulo el contrato, tanto los actos preparatorios como los de adjudicación, respecto a los cuales no juega la doctrina del acto consentido porque un acto que es nulo de pleno derecho no es consentible y puede impugnarse en cualquier momento. Pero, si esa declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

Si las cláusulas incurren en vicios susceptibles de anulación, por lo general, una vez celebrado y perfeccionado el contrato no se anula ni por la Administración ni por el contratista.

El Tribunal Supremo ha ido avalando esta forma de actuar y ha cambiado su jurisprudencia pues, al principio entendía que por el principio de

buena fe, si no se había impugnado un pliego de condiciones y era aceptado por todos, este pliego se convertía en ley para las partes e impedía a quien lo aceptaba que posteriormente pudiera impugnar sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presentaba una solicitud aceptaba implícitamente la validez de las bases y las consecuencias de ese pliego.

En Sentencias tales como la de 21 de noviembre de 1981, 31 de noviembre de 1982 o 13 de mayo de 1988, ya acepta la impugnación a posteriori de un contrato por vicios en su pliego de condiciones, no obstante no haber sido impugnado en tiempo oportuno. No sólo por considerarlo nulo de pleno derecho sino también por considerar anulable ciertas cláusulas contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares por concurrencia de vicios que suponen una grave infracción del ordenamiento jurídico.

A.2) Invalidez de los actos preparatorios o de adjudicación

La invalidez de contratos también puede tener su origen cuando se incurre en alguna infracción del ordenamiento jurídico en los actos de preparación o de adjudicación de los contratos.

El problema que existía antes en la doctrina, de no saber con exactitud qué actos tenían la suficiente entidad como para que la invalidez del contrato supusiese la del contrato en su totalidad no ha sido resuelto con la modificación de la Ley, sino que en mi opinión se ha complicado aun más, pues la aparición de una nueva Sección segunda bajo la rúbrica «Supuestos especiales de nulidad», donde se establece en su artículo 37 los contratos que en todo caso son nulos y aquéllos en los que no procederá la declaración de nulidad y el establecer en un Libro VI el régimen especial de revisión de las decisiones en materia de contratación, al margen de los supuestos de nulidad, no parece dejar claro cuándo un contrato puede ser objeto de nulidad.

Con todo, siguiendo la regla importante acerca de los actos que pueden ser objeto de recurso, a que se refiere el artículo 310.2 LCSP, además de los supuestos especiales de nulidad, con carácter orientativo cabe entender que los actos susceptibles de fundar la invalidez de un contrato son:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- Los actos de trámite adoptados en procedimientos de adjudicación, siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Entendiéndose por tales los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores.
- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

B) Por otro lado la LCSP distingue entre las causas de invalidez previstas en el Derecho administrativo y en el Derecho civil.

B.1) Causas de invalidez de Derecho administrativo

a) Causas de nulidad previstas en el Derecho administrativo:

Son causas de nulidad de Derecho administrativo las previstas en el artículo 32 LCSP es decir:

- a.i) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- b.i) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional debidamente acreditada del adjudicatario, o el estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49 LCSP.
- c.i) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

a.i) Las causas de nulidad indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/92. Supone que sean nulos de pleno derecho los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos que:

- Lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Este supuesto acoge la doctrina del Tribunal Constitucional de su sentencia 114/1984 de 29 de noviembre, que señaló la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y, por tanto la nulidad de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución.
- Los dictados por órganos manifiestamente incompetentes por razón de la materia o del territorio. En este caso, como ha dicho el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 27 de enero de 1993 y 30 de mayo de 1983 el carácter de manifiesto debe ser claro, es decir, evidente, indudable y que no sea necesario ningún esfuerzo de interpretación para apreciar el vicio. Y la incompetencia lo ha de ser por razón de la materia, o del territorio sin que quepa por razón de la jerarquía.
- Los que tengan un contenido imposible físico, lógico o jurídico. La imposibilidad física o lógica da lugar a la nulidad de pleno derecho y la jurídica a la anulabilidad, salvo que la misma suponga la falta de elementos jurídicos básicos indispensables para que el acto pueda producir los efectos perseguidos.
- Los que sean constitutivos de infracción penal o como consecuencia de ella: Que incluye tanto los delitos como las faltas. Ahora bien, teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia no cabe la nulidad de pleno derecho hasta que se resuelva la causa

penal. A veces esta causa puede desaparecer por imposible, en estos casos cabe la declaración de nulidad de pleno derecho aunque se carezca de sentencia judicial firme. Cuando la infracción penal haya sido declarada por sentencia judicial firme, además de la revisión de oficio, también puede interponerse el recurso extraordinario de revisión dentro de los tres meses desde que se dictó la sentencia firme.

- Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo se consideran vicios esenciales:

Vicios en la convocatoria, o ausencia de convocatoria;

Vicios en el expediente de contratación, que sólo dará lugar a la nulidad de pleno derecho cuando los vicios afectan a normas esenciales para la consecución del fin propuesto, tales como: ausencia de publicidad y concurrencia, prescindir de los actos preparatorios, ausencia de actuación escrita alguna previa al acto de adjudicación con omisión del pliego de cláusula, adjudicación directa en aquellos casos que superan el límite marcado por la norma, bajas temerarias...;

Vicios en la formación del juicio de la Mesa de contratación, es decir, cuando se prescinde de las normas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado, como por ejemplo falta de quorum en la Mesa, falta del interventor, o del asesor jurídico;

Vicios en el acto de adjudicación, esto es, cuando alguno de los criterios establecidos en sus bases no ha sido utilizado para calificar una proposición presentada.

- Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. En estos casos la Ley atiende a las circunstancias subjetivas de que el interesado carezca de tales requisitos. Es necesario que sean requisitos esenciales y no meramente necesarios, es decir, que no sean meras infracciones del ordenamiento jurídico sino actos contrarios al ordenamiento por los que se adquieran verdaderas facultades y derechos.

b.i) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional debidamente acreditada del adjudicatario, o el estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49 LCSP¹¹. Es por ello necesario

¹¹ El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece algunas pautas relacionadas con la determinación de la solvencia económica y financiera y clasificación de empresas.

un triple requisito para contratar con el Sector Público con independencia del sujeto, esto es, que se sea persona física, jurídica española o extranjera con capacidad de obrar, sin estar incurso en prohibición de contratar y con la solvencia económica, financiera y profesional requerida por la norma o en su caso clasificado. Ello supone que sean nulos de pleno derecho los contratos en los que el adjudicatario sea:

- Incapaz de obrar. Sólo pueden contratar con el Sector Público las personas físicas o jurídicas y las agrupaciones de empresas que carecen de personalidad jurídica. Ello quiere decir que la personalidad es presupuesto básico para la contratación pública, no pudiendo acceder a la misma (salvo que una norma expresamente lo autorice) quienes carecen de ella.

Respecto a las personas físicas españolas, según el artículo 43 LCSP podrán contratar con el Sector Público si son mayores de edad o menores de edad emancipados (arts. 314 y ss del Código Civil) siempre que no hayan sido declarados incapaces para gobernarse por sí mismos, al incurrir en alguna de las causas de incapacitación (arts. 199 y ss del Código Civil), no hayan sido declarados pródigos (art. 286 y ss del Código Civil), no estén incursos en ninguna prohibición de contratar (art. 49 LCSP). No es necesario que tenga capacidad para disponer de sus bienes ni tampoco que tenga que ejercer el comercio. Sin embargo, si es necesario que cuente con la habilitación empresarial o profesional que en su caso sea exigible para la realización o prestación que constituye el objeto del contrato (art. 43.2 LCSP).

Las personas físicas extranjeras deberán someterse al ordenamiento jurídico español, aunque sean incapaces por su Ley nacional. Las personas nacionales de Estado miembro de la Unión Europea precisan la acreditación de la capacidad de obrar y los restantes extranjeros precisan que esta acreditación sea hecha por la Misión Diplomática permanente de España en el Estado correspondiente, luego se basa en el principio de reciprocidad entre Estados.

Respecto a las personas jurídicas pueden contratar con el Sector Público siempre que sean adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad, que a tenor de sus Estatutos o reglas fundacionales les sean propios (art. 46 LCSP). Es decir, no basta con que tengan la capacidad jurídica y no estén incursos en la prohibición de contratar sino que es necesario que el objeto del contrato se encuentre dentro de su actividad o fines que persigan dicha persona jurídica conforme a sus Estatutos o reglas fundacionales. La capacidad para contratar con la Administración de las personas jurídicas se puede acreditar mediante la escritura o documento de constitución, los Estatutos o el acto fundacional donde conste las normas por las que se regula su actividad. Cuando se trata de personas jurídicas no españolas de Estados miem-

bro de la Unión Europea tendrán capacidad para contratar con el sector público español cuando con arreglo a la Legislación del Estado en donde estén establecidas se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate (art. 47 LCSP). Los restantes empresarios extranjeros deben acreditar su capacidad de obrar mediante informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado de procedencia de la empresa extranjera y acreditar que en ese Estado se admite, a su vez, la participación de empresas españolas en la contratación, en forma sustancialmente análoga a la que se permite en España (art. 44 LCSP).

Las agrupaciones de empresas sin personalidad jurídica, que se ubican bajo la regla genérica de Uniones Temporales de Empresas (art. 48 LCSP), si cumplen las condiciones de identificación y designación de representantes exigidas.

- Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, debe estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, técnica y profesional que se determinen por el órgano de contratación (art. 51.1 LCSP). Sin embargo, la solvencia puede ser sustituida por la clasificación, cuando ésta sea exigida por la LCSP. Los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida a las empresas se han de indicar en el anuncio de licitación y se debe especificar también en el pliego del contrato. Estos requisitos mínimos deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo (art. 51.2 LCSP). Con carácter general se debe distinguir los requisitos mínimos de solvencia que deben reunir los empresarios para concurrir a la convocatoria de contratos por el Sector Público y los criterios que juegan en la fase de adjudicación. Los primeros están dirigidos a verificar la aptitud del empresario para ejecutar el contrato y de terminar su admisión o exclusión como licitador, mientras que los segundos son para permitir valorar de forma objetiva la oferta concreta que el empresario decide presentar.

La solvencia económica y financiera a que se refieren los artículos 63 y 64 de la LCSP asegura que el contratista es merecedor de crédito y tiene capacidad para asumir las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato suscrito con el sector público.

La solvencia técnica y profesional a que se refieren los artículos 65 a 71 LCSP permite verificar que los empresarios cumplen las condiciones y cualidades del ofertante para asumir la ejecución del contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha insistido en la exigencia de que todos los empresarios componentes de una Unión Temporal deben cumplir los mismos requisitos de solvencia que el resto de los empresarios, de igual modo, cuando la acreditación de la solvencia se sustituya por la clasificación, la misma ha de concurrir en el momento de la adjudicación en todas las empresas

integrantes de la Unión, por lo que basta que una de ellas carezca de clasificación para que concurra un vicio de nulidad de pleno derecho (Informe 29/2002, de 23 de noviembre).

- Finalmente están las prohibiciones e incompatibilidades para contratar a que se refieren los artículos 49 y 50 LCSP. Todas ellas circunstancias que incapacitan al contratista para ser adjudicatario de un contrato regulado por Ley. La vulneración de la prohibición de contratar en el acto de adjudicación determina la nulidad de pleno derecho del contrato. La LCSP distingue entre la prohibición de contratar con el Sector Público y con las Administraciones Públicas.

La prohibición de contratar afecta también a aquellas empresas a las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas prohibiciones.

La declaración de la concurrencia de prohibiciones de contratar tiene distintos efectos jurídicos, y debe ser apreciada por los órganos de contratación: directamente, previa sentencia judicial o mediante la sustanciación de un procedimiento al efecto. Dicho procedimiento no aparece regulado en la LCSP sino que se desarrolla en el Reglamento General de Contratación y, con carácter general se inicia por el órgano de contratación en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. En los demás supuestos la iniciativa corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas.

c.i) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia. Es la última causa de nulidad de los contratos prevista en el régimen general de la LCSP. En concreto este precepto se remite a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que en su artículo 46 establece que *«no podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la Ley que incumplan esta limitación»*.

Para evitar la falta de crédito suficiente para contratar es necesario que en el expediente, la Administración pública incorpore un certificado (o documento que legalmente le sustituya) de la existencia de crédito suficiente para contratar y la fiscalización previa de la intervención en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las normas presupuestarias aplicables en cada Administración Pública. En los restantes contratos del Sector Público se requiere que figure en el contrato el crédito presupuestario o el programa

o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso. En la Administración local, la Ley Reguladora de la Hacienda Local establece que: no puede adquirirse compromiso de pago por cuantía superior al crédito autorizado en los estados de gasto, siendo nulo de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma.

De lo anterior se exceptúa la contratación de emergencia, en los que cabe la adjudicación de un contrato sin consignación presupuestaria suficiente para ello. En tales casos el expediente ha de ir acompañado de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación de un expediente de modificación de crédito.

La falta de consignación presupuestaria es un requisito de nulidad del contrato que no debe confundirse con la falta de fondos en un momento dado y por circunstancias sobrevenidas que atañen al cumplimiento del contrato y no a la validez de una obligación.

Con carácter general, los efectos de la nulidad son *ex tunc*, y cabe que el procedimiento para su declaración se efectúe o por la propia Administración o por el interesado.

Por otro lado hay que distinguir la nulidad de los actos que no sean preparatorios ya que, sólo afectará a éstos y sus consecuencias, de la nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, que llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido (art. 35 LCSP).

b) Causas de anulabilidad de Derecho administrativo

El artículo 33 LCSP establece que constituyen causas de anulabilidad de Derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y en especial, las de las reglas contenidas en la LCSP, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En este sentido, mientras el legislador tasa las causas de nulidad las de anulabilidad las define mediante una cláusula abierta y residual consistente en considerar como tal cualquier infracción del ordenamiento jurídico que no sea constitutiva de nulidad de pleno derecho. No obstante el citado artículo 63 de la Ley 30/1992 dice que son causas de anulabilidad:

- Los defectos de forma que sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, o cuando den lugar a indefensión de los interesados.
- La realización de actuaciones de las Administraciones Públicas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implica la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.
- La desviación de poder. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1985, la define como la existencia de un acto

ajustado a la legalidad intrínseca pero con vicio de nulidad por no responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público. Es decir, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. La prueba de la desviación de poder es difícil y el que lo alega tiene la carga de demostrar la intencionalidad torcida o desviada del mismo, no siendo suficientes las meras conjeturas o sospechas. Así, el Tribunal Supremo en esta misma sentencia añadió que aunque no pueda exigirse una prueba plena, si al menos ha de proporcionarse una prueba suficiente para crear en el Tribunal una razonable convicción de que el fin perseguido por los actos impugnados se aparta del interés público.

La anulabilidad produce efectos *ex nunc*, es decir, desde el momento en que la misma se reconoce. La resolución que estime procedente dicha invalidez, anulará las decisiones ilegales adoptadas pero no supondrá la anulación de todo el contrato, sino sólo de aquellas fases, incluida la de adjudicación que pudieran ser consideradas ilegales. Por su parte, la anulabilidad de los actos favorables para los interesados supondrá que la Administración se encuentre obligada a impugnar sus propios actos ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, previa su declaración de lesividad regulada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Sólo los contratos anulables son susceptibles de convalidación y, la convalidación de un vicio de anulabilidad en el Derecho administrativo puede producirse:

- Por el transcurso del plazo establecido para la impugnación del contrato.
- Por un acto administrativo de subsanación, cuando éste sea posible.

La convalidación produce sus efectos desde su fecha. No obstante tiene carácter retroactivo cuando produzca efectos favorables al interesado siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

B.2) Causas de invalidez de Derecho civil

a) Causas de nulidad de Derecho civil

Los contratos de las Administraciones Públicas y lo sujetos a regulación armonizada también pueden ser nulos de pleno derecho por causas reconocidas en el Derecho civil. Tales supuestos de nulidad serían los siguientes:

- La falta de consentimiento.

- El carácter imposible, ilícito o indeterminable del objeto del contrato.
- Inexistencia o ilicitud de la causa.
- La contravención de una Ley imperativa o del orden público.
- Insuficiencia de poder del firmante de la proposición.

La falta de consentimiento a que se refieren los artículos 1261 y 1262 CC. Es decir, la falta de concordancia entre el acto de adjudicación y la proposición del contratista. Lo que puede ser no sólo cuando se haya producido un error en la sustancia de la cosa objeto del contrato, o en las condiciones de la misma, sino también que la adjudicación haya recaído en un objeto distinto del que formaba la oferta.

De nuevo la nulidad de un contrato por esta causa de Derecho civil ha de distinguirse de la inexistencia del contrato y de la anulabilidad del contrato por estar viciado el consentimiento por error, dolo, violencia o intimidación. El error sólo es causa de nulidad cuando determina la ausencia de uno de los elementos esenciales del contrato como es el consentimiento, si sólo es una suposición errónea sobre determinados hechos pero existe consentimiento el contrato es anulable.

El carácter imposible, ilícito o indeterminable del objeto del contrato.

Si el objeto del contrato es imposible jurídicamente o ilícito es nulo de pleno derecho. Lo que también se da cuando el objeto del contrato es indeterminable y no puede fijarse con arreglo a criterios preestablecidos sin necesidad de nuevo convenio entre las partes (art. 1273 CC).

La inexistencia o ilicitud de la causa, hace nulos los contratos. Las causas son ilícitas cuando se oponen a las leyes y/o a la moral (artículo 1275 CC).

La contravención de una Ley imperativa o del orden público que se da cuando los actos son contrarios a las normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 CC) y no se pueden establecer pactos, cláusulas o condiciones contrarios a las leyes, la moral o el orden público (art. 1255 CC).

La insuficiencia de poder del firmante de la proposición es también causa de nulidad del contrato, porque el artículo 1259 CC establece que es nulo de pleno derecho el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga autorización o representación legal. Sin olvidar que este trámite es subsanable al comienzo de la licitación. Tras la adjudicación, la falta o insuficiencia de representación se convierte en un vicio de nulidad o anulabilidad de Derecho administrativo.

Por su parte, la invalidez de los contratos por causas reconocidas en el Derecho Civil, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil. Es necesario recordar que la nulidad no se somete a plazos en el Derecho civil, por lo que se estaría exclusivamente a los requisitos. El procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto para los actos y contratos administrativos.

b) Causas de anulabilidad de Derecho civil

Las causas de anulabilidad de los contratos de las Administraciones y de los sujetos a regulación armonizada derivadas del derecho privado serían las siguientes:

- La falta de capacidad del licitador, distinta de la capacidad de obrar.
- El error, vicio en el consentimiento padecido por el licitador o por el titular del órgano de contratación.
- El dolo, vicio en el consentimiento padecido por el licitador o por el titular del órgano de contratación.
- La violencia o intimidación vicios del consentimiento padecidos por el licitador a la hora de presentar su proposición

La falta de capacidad del licitador, distinta de la capacidad de obrar a que se refieren los artículos 1263 y 1264 CC suele ser poco frecuente y se identifica con la capacidad mermada de las personas físicas pero que no es incapacidad.

El error, (arts. 1265 y 1266 CC) como vicio en el consentimiento padecido por el licitador o por el titular del órgano de contratación, sólo es causa de anulabilidad cuando recaiga sobre la sustancia de la cosa que forme el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Sólo la parte a la que no resulte imputable el error puede hacer valer esta causa de anulabilidad. Este error puede ser:

El dolo, se da cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera celebrado. Este dolo tiene que ser: grave y causal; causado por una de las partes o con su conocimiento y no por un tercero (arts. 1265, 1269 y 1270 CC).

El dolo recíproco o el dolo incidental no da lugar a la anulación del contrato pero sí puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Violencia o intimidación, que según los artículos 1265, 1267 y 1268 CC son causa de nulidad cuando son padecidas por el licitador a la hora de presentar su oferta. Violencia es la fuerza irresistible aplicada para arrancar el consentimiento e intimidación el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave. No hay que olvidar que si la violencia e intimidación constituyen una infracción penal son también causa de nulidad del contrato derivada del Derecho administrativo.

Finalmente hay que recordar que estos supuestos también se someten a los requisitos y plazos establecidos en el Derecho civil, en cambio el procedimiento para hacerlos valer se somete a lo previsto en la LCSP para los actos y contratos anulables (art. 36 LCSP).

La convalidación de un vicio de anulabilidad de derecho civil puede producirse por:

- Por el trascurso del plazo establecido en el Derecho civil.
- Por un acto expreso de confirmación. Dicho acto de confirmación requiere que la causa haya cesado y que el confirmante tenga conocimiento de su existencia.

La convalidación de los vicios de derecho privado si opera con carácter retroactivo.

2.2. Régimen especial: Supuestos especiales de nulidad contractual

En este mismo Libro I, Título I, Capítulo V, la Ley 34/2010 ha introducido unos supuestos especiales de nulidad para adaptar la Ley de contratos a la normativa comunitaria, creando *ex novo* una Sección segunda, bajo la rúbrica «Supuestos especiales de nulidad», artículos 37 a 39.

En efecto, la Directiva comunitaria 2007/66/CE prevé para los casos en que la infracción afecte a la publicidad de la convocatoria del contrato o la inobservancia de los plazos de suspensión previstos en ella, la posibilidad de declarar la nulidad de los contratos así adjudicados¹².

El artículo 2 *quinquies* de la Directiva establece que:

«Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos:

a) Si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el DOCE 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 priva al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción este combinada con una infracción de la Directiva 2004/18/CE, si esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato¹³.

¹² Vid Juan Luis AGUILERA GARCÍA, «Las novedades introducidas por la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público realizada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto», *Abogados y consultores de Administración Local*.

¹³ La citada Directiva establece:

— Artículo 1.5: los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador. En tal caso los Estados miembros velarán porque la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato (plazo que no podrá ser inferior a 10 días si se comunicó por fax o cualquier medio electrónico o 15 días si se ha usado otro medio de comunicación, a partir del día siguiente a aquel en el que se envió una respuesta o de 10 días a partir del día siguiente a la fecha de recepción de una respuesta).

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»¹⁴.

La Ley 34/2010, siguiendo el espíritu de la Directiva establece en su artículo 37 que, los supuestos de nulidad especial se aplicarán a los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, así como a los contratos de servicio comprendidos en la categoría 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.0000 euros, en los siguientes supuestos:

- Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo.
- Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos y que el órgano de contratación requiera al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos:
 - 1.º) Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 310 y siguientes y,
 - 2.º) Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.
- Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano

— Artículo 2.3 cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, el poder adjudicador no podrá celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión.

— Artículo 2 bis 2: la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo (10 días si se comunicó por fax o medios electrónicos y 15 días si se usó otro medio de comunicación, a partir del día siguiente a que se haya remitido la decisión de adjudicación o 10 días a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación)

¹⁴ Por su parte el artículo 2 ter c), párrafo segundo de la Directiva dice que los Estados miembros garantizarán que el contrato quede sin efecto si se infringe, el artículo 32.4, segundo párrafo, segundo guion (esto es, cuando se celebre un acuerdo marco sin que todos los términos estén establecidos en el acuerdo) o el artículo 35 apartados 5 ó 6 (supuestos de no publicación de acuerdos marco) de la Directiva 2004/18/CE.

- independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.
- Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 180, celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en el párrafo segundo del artículo 182.4.
 - Cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar este sujeto a regulación armonizada y se hubieran incumplido las normas establecidos en el artículo 186 sobre adjudicación de los contratos.

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

La declaración de nulidad podrá sin embargo, no efectuarse en los casos previstos, manteniéndose los efectos del contrato y sustituyéndose esta medida por la imposición de una sanción alternativa (consistente o bien en la imposición de multas al poder adjudicador por los importes fijados en la Ley, o bien una reducción proporcionada de la duración del contrato), cuando el órgano de contratación atendiendo a las circunstancias excepcionales que concurran, considere que existen «razones imperiosas de interés general» que así lo exijan.

Ahora bien los intereses económicos sólo se considera que constituyen las razones imperiosas de interés general, en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato de lugar a consecuencias desproporcionadas. Tampoco se consideran razones imperiosas de interés general los intereses económicos vinculados directamente al contrato en cuestión, tales como, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato.

En estos supuestos especiales de nulidad, la cuestión de nulidad deberá plantearse ante los órganos administrativos independientes previstos en el artículo 311 LCSP, y se aplicarán las reglas especiales en materia de interposición de la cuestión de nulidad que establece el artículo 39.

III. PROCEDIMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ

Los procedimientos para declarar la invalidez de los contratos del Sector Público son diversos.

Por una parte, está el procedimiento ante órganos administrativos y mediante recursos administrativos y, por otra, está el procedimiento ante

los Tribunales mediante el recurso contencioso-administrativo o el recurso ante el orden jurisdiccional civil.

3.1. Recursos administrativos

3.1.1. Revisión de oficio y vía de lesividad

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

Así el artículo 102 de la Ley 30/1992 establece que, las Administraciones Públicas, en cualquier momento, a iniciativa propia o a solicitud de los interesados y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, deben declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en la Ley.

El Dictamen del Consejo de Estado 738/2005 de 30 de julio, recuerda que la revisión de oficio constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión judicial, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De ahí que esto sólo sea posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos.

Así las cosas, cabe decir que el procedimiento de revisión de oficio puede incoarse, bien de oficio bien a solicitud del interesado. Se reconoce a los interesados una verdadera acción de nulidad y, por consiguiente, el derecho a obtener la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato, si concurre causa para ello. La tramitación del procedimiento de revisión de oficio requiere audiencia del interesado (salvo cuando se haya iniciado a solicitud del único interesado y no sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por él). Es preciso evacuar el informe del asesor jurídico y resulta preceptivo y habilitante el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas.

Por último, hay que recordar que la suspensión de la ejecución del contrato, será sólo para aquellos supuestos previstos en la Ley 30/1992, porque con carácter general la iniciación de este procedimiento no suspende la ejecución.

Cabe la suspensión cuando el órgano a quien compete resolver la solicitud, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría el interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente, como consecuencia de la eficacia inmediata del acto

pretendidamente nulo, puede suspender, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992.
- Cabe también la suspensión si transcurridos 30 días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto.

Si el interesado interpone recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se debe mantener la suspensión hasta que resuelva el correspondiente órgano judicial sobre dicha solicitud.

La suspensión puede dar lugar a que se adopten las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado. A veces, en los casos en los que se pueda derivar perjuicios de cualquier naturaleza sólo producirá efectos la suspensión previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos. Si el recurso tiene por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia ha de ser publicada en el Boletín Oficial en que aquel contrato se insertó.

El artículo 103 de la Ley 30/1992 respecto a la vía de lesividad regula el procedimiento a seguir en el supuesto de actos anulables conforme al artículo 63 de la Ley y favorable a los interesados, estableciendo la necesidad de que con carácter previo a su impugnación ante el orden contencioso-administrativo los declare lesivos para el interés público.

También cabe la lesividad cuando concorra alguna causa de anulabilidad del contrato establecida por normas de Derecho privado, que no constituyan causas de nulidad de Derecho administrativo.

El artículo 34.2 LCSP establece que la competencia para la revisión de oficio o declarar su lesividad, ha de recaer en un órgano cuya resolución agote la vía administrativa. Debiendo la regulación que en su caso efectúen las Comunidades Autónomas respetar este requisito. Ello quiere decir que:

- Si es un contrato de una Administración Pública el órgano competente lo será el de contratación.
- Si la entidad contratante no es Administración Pública, será competente el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita o al que corresponda su tutela.
- En los supuestos de contratos subvencionados, la competencia corresponde al titular del departamento que hubiese otorgado la sub-

vención o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública.

3.1.2. *Recurso especial en materia de contratación*

La LCSP establece un recurso especial en materia de contratación como recurso previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, sin que proceda en estos casos la interposición de recurso administrativo. Este recurso ha sido el principal motivo de la reforma 34/2010 introduciendo importantes novedades respecto a la regulación anterior, porque hasta ahora se regulaba en el artículo 37 y ha pasado a ser el objeto del nuevo Libro VI añadido a la Ley.

Si bien el recurso especial¹⁵ en materia de contratos ya se contemplaba en la LCSP la principal novedad que introduce la nueva regulación es que ya no será este recurso resuelto por el órgano de contratación sino por un órgano administrativo independiente. Es decir, se trata de un recurso administrativo y no jurisdiccional que debe ser resuelto por un órgano administrativo. Lo que en mi opinión aunque resulta ajustado al Derecho comunitario, como apunta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 4 de febrero de 1999 (Asunto C-103/1997) y en armonía con la Directiva 89/665/CEE, es un error, no sólo por lo ya apuntado por el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010 sino porque supone crear una instancia nueva ante órganos distintos que lo único que hacen es complicar más aun procedimiento que ya de por sí no era fácil. De nuevo se limitan los contratos ante los que se puede interponer estos recursos y se limitan también los sujetos, lo que genera que el número de instancias ante las que se pueden mover los interesados haya aumentado considerablemente, sin las garantías propias de una resolución judicial. Hubiese sido preferible que España hubiese seguido el modelo francés, el cual no hay que olvidar ha sido la base de todo nuestra organización y funcionamiento administrativo y no seguir el modelo alemán que tan alejado de la normativa española se encuentra.

Este nuevo recurso va dirigido a evitar que los contratos que puedan ser declarados nulos se adjudiquen antes de que se resuelva el recurso que frente al mismo se haya interpuesto. No hay que olvidar que como el anterior recurso lo resolvía la propia Administración contratante, como era de esperar no tenía la costumbre de rectificarse así misma, por lo que lo normal es que tales recurso se desestimasen. Ahora bien, habría que preguntarse si estos órganos son realmente independientes ya que recae su dependencia en el Ministerio de Economía y Hacienda y en el de Justicia o en las Consejerías competentes de las Comunidades Autónomas pues, no hay que olvidar que los Gobiernos son las Administraciones Públicas.

¹⁵ CHAVES GARCÍA, José Ramón, «Del recurso contractual introducido por la Ley 34/2010: hacia el infinito y más allá», agosto 2010.

Sólo cabe esperar que estos nuevos Tribunales respondan a las previsiones de ser un órgano independiente, cuyas resoluciones gocen de prestigio y autoridad y sobre todo que no se convierten en una instancia más como el anterior recurso.

Pero, quizá la más importante novedad de este recurso frente al anterior es que suspende procedimiento por lo que, se evita que el contrato se ejecute mientras se debate el recurso.

Antes de la modificación de la Ley la resolución final del recurso era perfectamente inútil, porque para entonces el contrato ya se había ejecutado total o parcialmente, de modo que quien lo obtuvo de forma ilegal lo había cobrado parcial o definitivamente. Además el licitador que conseguía que se anulase un contrato no siempre podía probar que el contrato se lo tenían que haber adjudicado a él. Si conseguía hacerlo, lo normal es que se le indemnizase con el 6% del precio de adjudicación que es teóricamente el beneficio que habría obtenido si se le hubiera otorgado el contrato.

El actual recurso paraliza el procedimiento y con ello garantiza el que la resolución que se dicte palie los defectos de una adjudicación ilegal¹⁶.

Por otro lado, este recurso ha pasado de ser preceptivo a potestativo (art. 310.6 LCSP), por lo que ya su interposición no es necesaria para agotar la vía administrativa, lo que impide que el interesado sufra una nueva barrera en su lucha para acceder a los tribunales, de manera que si lo desea puede acudir directamente a la Jurisdicción.

Pero, el carácter ahora potestativo del recurso especial viene a suponer de facto la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de actos adoptados en el procedimiento de contratación. Tal circunstancia no está exenta de dificultades prácticas, habida cuenta de las diferencias procesales existentes en función de optar por la vía administrativa o judicial.

De entre esas diferencias procesales las de mayor calado son las del plazo para interponer el recurso o el de la suspensión automática o no del procedimiento contractual. Ya que si sólo se interpone el recurso contencioso-administrativo la suspensión no está tan clara si atendemos a lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, reguladores de la adopción de medidas cautelares en el seno de un procedimiento contencioso.

Por otro lado se mantiene el carácter exclusivo del recurso especial, de tal forma que es el único recurso administrativo admisible en los casos para los que se prevé, y contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Se admite no obstante que las Comunidades Autónomas introduzcan un recurso administrativo previo al recurso especial, en cuyo caso la ejecución de los actos de adjudicación impugnados quedará suspendida, hasta que el órgano competente para resolver decida sobre el fondo de la cues-

¹⁶ BERNAL BLAY, Miguel Ángel, «Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Modificación de la Normativa sobre Contratos Públicos».

ción planteada. Y si la resolución no fuese totalmente estimatoria y se interpusiese el recurso especial, la suspensión persistirá en los términos previstos para este último recurso (art. 311.2 LCSP).

Dicho recurso sigue teniendo una aplicación limitada a determinados contratos ya que sólo cabrá interponerlo, cuando se trate de contratos de las Administraciones Públicas y demás entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores que:

- Sean contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministros, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.
- Los contratos de servicio comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.
- Los 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.
- Los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

En cuanto al objeto del recurso cabe interponerlo:

- Ante los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que han de regir la contratación.
- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. La Ley precisa y considera que es un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento y, resulta por tanto recurrible, los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.
- Los acuerdos de adjudicación dictados por los poderes adjudicadores.

La mayor novedad de este precepto estriba en la posibilidad de recurrir los anuncios de licitación y la adjudicación, que deja de ser provisional y se convierte en única y definitiva¹⁷, en aras a evitar que los actos producidos entre ambas actuaciones queden fuera de la posibilidad de recurso. Pues como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 34/2010 «el carácter universal» del recurso exige que estas actuaciones, puedan ser objeto del mismo.

¹⁷ Sin embargo, pese haber suprimido el acto de adjudicación provisional, se seguirá debiendo acudir al órgano de contratación en dos ocasiones como se venía haciendo hasta ahora, dado que la Ley prevé que sea el órgano de contratación el que requiera a la empresa que ha presentado la proposición más ventajosa para que presente la documentación necesaria, antes de la formalización del contrato.

La previsión además se refuerza mediante la consideración de un supuesto especial de nulidad contractual la falta de espera de este plazo para formalizar el contrato, siempre que por esta causa el licitador se haya visto privado de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación administrativa y que concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta (art. 37.1.b LCSP).

Con el fin de facilitar al licitador excluido o candidato descartado la interposición del recurso especial, aunque ha desaparecido la posibilidad de que los licitadores puedan solicitar el informe de valoración de las ofertas, se amplía la información del contenido de la notificación de la adjudicación que deberá contener: en las candidaturas descartadas, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura, en las licitaciones excluidas las razones por las que no se haya admitido su oferta y, en todo caso, el nombre del adjudicatario junto con las ventajas y características determinantes de que haya sido seleccionada esta proposición del adjudicatario con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas (art. 135.4 LCSP).

El problema que puede plantear esta nueva regulación es que la información resumida que contenga la nueva notificación de la adjudicación sea demasiado general o no pueda individualizarse en relación con algún licitador imposibilitándose la eficacia del recurso especial, circunstancia que ya ha sido objeto de la sentencia de 23 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia Europeo (Asunto C-455/08). En tales casos como ha establecido este mismo Tribunal en una sentencia posterior de 28 de enero de 2010 (Asunto C-406/08) podría defenderse que el plazo para la interposición del recurso no inicia su cómputo en tanto los licitadores no reciban la información suficiente que les permita fundar su recurso.

Por su parte, los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los anteriores pueden ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano 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.

El artículo 312 LCSP dice que están legitimados para interponer el recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión objeto del recurso.

Respecto a la legitimación para recurrir, dos son las cuestiones fundamentales a tener en cuenta.

La primera es la variedad de pretensiones que pueden formularse por los legitimados. Pueden éstos solicitar, no sólo la anulación de los actos del procedimiento en cuestión, sino también la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias del anuncio de licitación, pliego, condiciones reguladoras del contrato, o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación.

Respecto a las personas legitimadas, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia comunitaria, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo¹⁸.

Tienen derecho a recurrir, aquellas personas que participaron en la licitación, puesto que el interés legítimo viene determinado con carácter general por la participación en la licitación (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005). Por tanto la persona que no ha presentado proposición alguna ni ha tenido participación alguna en la licitación carece de interés legítimo y, en consecuencia, no está legitimada para recurrir la adjudicación del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2006).

Ahora bien, esta regla está matizada por el reconocimiento de la propia jurisprudencia de que quien ha impugnado la convocatoria o el pliego, aunque después no haya participado en el procedimiento de adjudicación goza de legitimación activa pues tiene un interés legítimo para recurrir, ya que no se puede obligar a participar en un procedimiento de adjudicación a quien ha impugnado la convocatoria por discrepar de ella, del pliego que la rige o por cualquier otra causa que entienda que es ilegal (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2005, 29 de junio de 2006).

Más aun, la jurisprudencia ha reconocido interés legítimo y con ello legitimación activa para recurrir convocatorias y pliegos de condiciones de contratos públicos a determinadas entidades que ni participaron en la licitación, ni eran licitadores potenciales, por tratarse de organizaciones representativas de intereses económicos sociales o profesionales que actúan en beneficio de sus asociados (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004, 12 de enero de 2001 y 8 de marzo de 2005).

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 52/2007 de 12 de marzo, ya establecía que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta. A partir de esta doctrina en su Sentencia 119/2008, el Tribunal Constitucional entiende que la participación en una licitación pública no es condición inexcusable para ostentar un interés legítimo que confiera legitimación activa para impugnar la convocatoria o el pliego del contrato.

Esta doctrina constitucional y del Tribunal Supremo en la materia, que configura la exigencia de participación como una regla general, que ha de ser excepcionada cuando en ausencia de ella, se acredita un interés legítimo en la impugnación, coincide también con la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien ha declarado que debe ser

¹⁸ RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública (a propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)». Aranzadi.

posible que una empresa interponga un recurso directamente contra las características discriminatorias de la licitación, sin esperar a que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato (TJCE 2004/37, Asunto C-230/02). Añade que cualquier persona que tenga o haya tenido un interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una presunta infracción puede recurrir (STJCE 2003/138 de 15 de mayo Asunto C-España).

Pero, al margen de la citada jurisprudencia, del tenor del precepto en cuestión cabe deducir que la legitimación activa para recurrir no sólo la ostentan los que participan en el procedimiento de licitación sino también cualquier otra persona que acredite la titularidad de derechos e intereses legítimos que les puedan perjudicar o bien afectar de alguna manera el que alcancen su condición de licitadores potenciales.

El artículo 314 LCSP establece que todo aquel que se proponga interponer un recurso especial deberá anunciarlo previamente mediante un escrito que especifique el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación.

El escrito de interposición deberá contener el motivo en el que fundamenta el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse y, en su caso las medidas cautelares cuya adopción solicite. A este escrito le acompañarán los documentos que acrediten la representación del compareciente, la legitimación del actor, fundamento de su derecho; la copia o traslado del acto expreso que se recurre y el justificante de haber dado traslado del anuncio escrito. El escrito deberá presentarse ante el registro del órgano de contratación o en el órgano competente para su resolución.

Los defectos que pudieran afectar al escrito de recurso podrán subsanarse en el plazo máximo de tres días hábiles, con indicación de que si no lo hiciera así, se le tendrá por desestimada su petición.

El plazo de interposición del recurso será de 15 días hábiles contados:

- A partir del día siguiente a aquel en que se notifique el acto impugnado.
- A partir del día siguiente a aquel en que los pliegos y documentos contractuales hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, si lo que se pretende recurrir son los pliegos o los demás documentos contractuales.
- A partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, cuando el recurso se pretenda interponer contra actos de trámite o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.
- A partir del día siguiente del de la publicación cuando lo que pretende es recurrir el anuncio de licitación.

Con la finalidad de garantizar los efectos de la resolución que se dicte, el artículo 313 LCSP establece la posibilidad de la adopción de cualquier clase de medida cautelar por parte del órgano competente para resolver el re-

curso especial, incluidas las destinadas a suspender o hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el órgano de contratación.

Estas medidas pueden solicitarse por parte del interesado antes de la interposición del recurso, debiendo resolver sobre dichas medidas en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a su solicitud, previa audiencia del órgano de contratación en los primeros días hábiles. Esta posibilidad deriva de nuevo del cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00) que condenó al Reino de España entre otros motivos, por no haber previsto la posibilidad de que se tomen medidas cautelares destinadas a eliminar las dificultades para interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

Las medidas provisionales también se podrán solicitar por el interesado una vez interpuesto el recurso, en este caso, el órgano decisorio resolverá sobre ellas en la forma prevista para la tramitación del recurso especial. Y se pueden imponer directamente por el órgano encargado de resolver.

Cuando la adopción de medidas cautelares pueda dar lugar a perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución puede imponer la constitución de una caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

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

El cese de la medida provisional que se solicite y acuerde con anterioridad a la interposición de un recurso especial decaerá una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya presentado.

El efecto de la interposición de un recurso especial en materia de contratación, si el acto recurrido es el de adjudicación, es la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta que el órgano competente resuelva sobre el levantamiento o no de la misma sobre el fondo. Se considera incluso un supuesto especial de nulidad la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación sin esperar que el órgano correspondiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido (arts. 315, 316 y 37.1.c LCSP).

El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación, se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, (con las especialidades, reguladas en los arts. 316 a 318 LCSP) que se resumen en las siguientes:

- Interpuesto el recurso el órgano encargado de su resolución lo pondrá en conocimiento del órgano de contratación en el mismo día con remisión del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación, que deberá ser remitido en los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.
- Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, conce-

diéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares. Asimismo en este mismo plazo decidirá si procede o no mantener la suspensión automática, entendiéndose vigente en tanto no se dicte resolución expresa acordando su levantamiento. Si las medidas provisionales se hubiesen pedido después de interponer el recurso, el órgano que resuelve decidirá sobre ellas de la misma forma pero, sin suspender el procedimiento principal.

- Los hechos para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Pero, si a solicitud de los interesados, del órgano encargado de la resolución o la naturaleza del procedimiento lo exige, podrá acordarse la apertura de un periodo de prueba (por plazo de 10 días hábiles), a fin de que puedan practicarse cuantas se juzguen pertinentes. La práctica de la prueba se anunciará con antelación suficiente a los interesados.
- El órgano competente para resolver el recurso podrá rechazar toda aquella prueba cuando la considere manifiestamente improcedente o innecesaria, mediante resolución motivada.
- El órgano competente deberá en todo momento garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda tomar en consideración esa información a la hora de resolver.
- Una vez realizados los trámites anteriores, el órgano competente deberá resolver el recurso en el plazo de cinco días hábiles siguientes, notificando a continuación a los interesados la resolución.

Dicha resolución puede estimar en todo o en parte, o desestimar las pretensiones formuladas o declarar su inadmisión decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hayan planteado.

En todo caso la resolución ha de ser congruente con la petición y de ser procedente se debe pronunciar sobre la anulación de cualquier decisión ilegal adoptada en el procedimiento. Si como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de 10 días hábiles para que presente la documentación acreditativa de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato que le reclame el órgano de contratación, y para que constituya la garantía, que en su caso sea procedente. Hay que recordar que con la modificación de la LCSP la garantía que se venía exigiendo a los licitadores para la presentación de sus ofertas, ahora sólo se podrá exigir si se justifica suficientemente en el expediente las razones por las que estima procedente su exigencia.

Asimismo, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar los daños y per-

juicios que la infracción haya podido ocasionar a la persona interesada. Dicha indemnización se fijará y calculará atendiendo en lo posible a lo previsto en la Ley 30/1992. La resolución debe acordar también el levantamiento de la suspensión, si en el momento de dictarla continuase suspendido el procedimiento, así como las restantes medidas cautelares que se hubiesen acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiese exigido.

Si el órgano competente para resolver aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares podrá imponer una multa al responsable de la misma. El importe será entre 1.000 y 15.000 euros en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los demás licitadores. Esta cuantía se actualizará cada dos años por aplicación del IPC real.

La resolución será directamente ejecutiva y frente a la misma no cabe recurso alguno salvo el contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3.1.3. *Cuestión de nulidad*

El artículo 39 LCSP también prevé la posibilidad de que los interesados interpongan un nuevo recurso al que la Ley denomina cuestión de nulidad.

Esta cuestión sólo cabe plantearla cuando se trate de contratos de las Administraciones Públicas y demás entidades públicas sujetas a regulación armonizada, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y para alegar alguno de los supuestos especiales de nulidad a que se refiere el artículo 37.1 LCSP.

Esta cuestión de nulidad va dirigida a impedir que el contrato se ejecute sin que todos los interesados hayan tenido la oportunidad de interponer un recurso cuando se consideren perjudicados o puedan resultar afectados por esa adjudicación.

Están por ello legitimados para interponer el recurso toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos especiales de nulidad a que se refiere el artículo 37 LCSP.

El órgano competente para resolver, será el creado para los recursos especiales de nulidad y podrá inadmitir el recurso cuando el interesado hubiera interpuesto el recurso especial en materia de contratación sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada.

El plazo para la interposición de la cuestión de nulidad será de 30 días hábiles a contar:

- Desde la publicación de la adjudicación del contrato, cuando éste deba publicarse en el BOE o en los respectivos Diarios o Boletines

Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias o en el DOCE si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada a que se refiere el artículo 138.2 LCSP.

- Desde la notificación a los licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueran determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de la información no publicable a que se refiere el artículo 137 LCSP en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.

Fuera de los supuestos anteriores, la cuestión de nulidad deberá interponerse antes de que transcurran seis meses desde la formalización del contrato.

El procedimiento por el que se tramita la cuestión de nulidad será el mismo que para la tramitación de un recurso especial en materia de contratación con las siguientes particularidades.

- No es necesario anunciar la interposición del recurso.
- El plazo para que el órgano de contratación formule alegaciones en relación con la solicitud de mediadas cautelares se eleva a siete días hábiles.
- El plazo para la remisión del expediente por el órgano de contratación, acompañado del correspondiente informe se eleva a siete días hábiles.

Pero, quizá la mayor diferencia con el recurso especial en materia de contratación es que la interposición de la cuestión de nulidad no produce efectos suspensivos de ninguna clase por sí sola.

El órgano competente para resolver la cuestión de nulidad al dictar la resolución deberá también pronunciarse sobre la procedencia de aplicar las sanciones alternativas cuando por razones imperiosas de interés general así lo haya solicitado el órgano de contratación.

La resolución que se dicte en una cuestión de nulidad puede estimar la petición del interesado y declarar la nulidad del contrato o mantener los efectos del mismo y sustituir esta medida por la imposición de una sanción alternativa, a la que ya me he referido al explicar los supuestos especiales de nulidad, consistente o bien en la imposición de multas al poder adjudicador por los importes fijados en la Ley, o bien una reducción proporcionada de la duración del contrato, cuando el órgano competente, atendiendo a las circunstancias excepcionales que concurren considere que existen «razones imperiosas de interés general que así lo exijan».

Si el órgano de contratación no hubiese solicitado la aplicación de la sanción alternativa lo podrá hacer en el trámite de ejecución de la resolución. En estos casos el órgano competente resolverá sobre la procedencia o no de aplicar la sanción alternativa solicitada dentro del plazo de los cinco días siguientes al transcurso del plazo anterior.

Contra esta resolución cabe interponer recurso en los mismos términos previstos para las resoluciones dictadas resolviendo sobre el fondo. La LCSP no especifica a qué recurso se refiere, pero al decir que será aquel que resuelve sobre el fondo, en mi opinión se debe estar refiriendo al recurso especial administrativo ante los Tribunales competentes, lo que por otro lado no parece lo adecuado habida cuenta que el recurso especial en materia de contratación se resuelve ante los mismos Tribunales que la cuestión de nulidad y habida cuenta que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo también resuelven sobre el fondo.

3.1.4. *Otros recursos administrativos*

Contra los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no sean contratos frente a los que quepa el recurso especial en materia de contratación (sujetos a regulación armonizada, o contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II o contratos de gestión de un servicio público en el que el presupuesto de gasto sea superior a 500.000 euros) cabe interponer los recursos ordinarios previstos en la Ley 30/1992 y los previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así pues, en relación con los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, procede la interposición de los recursos administrativos establecidos en la legislación general de procedimiento administrativo en los siguientes supuestos:

- Los contratos celebrados por Administraciones Públicas no sujetos a regulación armonizada.
- Los contratos que sigan la tramitación de emergencia.

Habrán de seguirse las reglas generales de aplicación de los recursos administrativos ordinarios, potestativo de reposición frente a los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa (arts. 116 y 117 Ley 30/1992) y de alzada frente a los actos que pongan fin a dicha vía (arts. 114 y 115 Ley 30/1992).

En estos casos, en principio, es únicamente procedente el recurso potestativo de reposición, ya que los acuerdos que adopta el órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos (art. 195.4 LCSP). Por tanto, resulta aplicable lo dispuesto con carácter general en la Ley 30/1992 respecto a dichos recursos.

Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa pueden ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los haya dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo. Pero, no se puede interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

El plazo para la interposición del recurso de reposición es de un mes, si el acto es expreso y de tres si no lo es y se contará, para los interesados a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurrido dicho plazo únicamente cabe interponer el recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución es de un mes.

También cabe interponer el recurso extraordinario de revisión (arts. 118 y 119 de la Ley 30/1992) cuando concurran sus propios supuestos y en los términos legalmente previstos. Cabe por tanto contra los actos firmes en vía administrativa ante el órgano administrativo que los dictó, que también es el competente para resolverlo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que al dictarlos se haya incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
- Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, que aunque sea posterior evidencie error de la resolución recurrida.
- Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.
- Que la resolución se haya dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en sentencia judicial firme.

El plazo para interponer el recurso es de cuatro años en el primer supuesto y de tres meses en los tres restantes. Transcurrido el plazo de los tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin haberse dictado y notificado la resolución, se entiende desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional Contencioso-administrativa.

3.1.5. *Los Tribunales administrativos*

Los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad, tras la modificación de la LCSP se establece que sean unos nuevos órganos independientes del órgano de contratación y que la LCSP llama Tribunales.

El artículo 311 LCSP crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al que se atribuye la resolución de los recursos interpuestos contra actos de las entidades vinculadas a la Administración General del Estado, así como contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

Hay que entender, por tanto, que el Tribunal Administrativo Central de Recursos en materia de Contratación resolverá todos aquellos recursos que

le interpongan la Administración General del Estado, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo y el Consejo General del Poder Judicial.

El Tribunal Administrativo Central se adscribe al Ministerio de Economía y Hacienda y, está compuesto por un Presidente y un mínimo de tres vocales, elegidos por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia.

El Presidente y los vocales serán elegidos entre funcionarios de cuerpos o escalas a las que se acceda con los títulos de licenciado o grado (que se exija que sea en Derecho para la Presidencia), con un mínimo de 15 años de ejercicio y habiendo desempeñado su actividad profesional, preferentemente en el ámbito del Derecho administrativo y relacionado directamente con la contratación pública. Si fueran nombrados entre funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto del Empleado Público, éstos deberán pertenecer a cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1.

Se garantiza la inamovilidad e independencia de sus miembros, nombrados por un periodo de seis años, no renovables y sólo removibles por el Gobierno por las causas previstas en el artículo 311 LCSP previo expediente. Sin embargo, en la Disposición quinta de la Orden EHA 2532/2010, de 30 de septiembre, de modificación de la Orden EHA 2237/2010, de 10 de agosto, por la que se convoca la provisión de puestos de Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la primera renovación del Tribunal se hará de forma parcial a los tres años del nombramiento. A este respecto antes de cumplirse el plazo indicado se determinará, mediante sorteo, los vocales que deban cesar¹⁹.

La remoción sólo es posible en los siguientes supuestos:

- Por pérdida de la nacionalidad española.
- Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
- Por condena o pena privativa de libertad o inhabilitación para empleo o cargo público por razón del delito.
- Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

En cualquier caso, cesado un vocal, éste continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que tome posesión de su cargo el que lo haya de sustituir.

Se aplicará a su régimen de constitución y funcionamiento las disposiciones de la Ley 30/1992.

La Disposición Adicional primera, prevé también que a medida que el número de asuntos sometidos a conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central lo exija, se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales

¹⁹ El Consejo de Ministros ya ha nombrado a los miembros del citado Tribunal lo que se ha publicado en el BOE núm. 251, como Resolución de 15 de octubre de 2010 de la subsecretaría por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se nombra al Presidente y los vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

de Comunidad Autónoma, que tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan contra los actos de la Administración Territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma.

En las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas específicas y deberán en principio crear un órgano independiente propio cuya regulación garantice los requisitos de independencia e imparcialidad, para resolver los recursos especiales en materia de contratación administrativa que se planteen en los procesos de contratación de sus órganos, así como en el de los órganos competentes de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. Se admite no obstante, que las Comunidades Autónomas atribuyan la competencia para la resolución de estos recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pero, para ello, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias (art. 311.2 LCSP).

En relación con estas Comunidades Autónomas es necesario matizar dos cuestiones, la primera es que el precepto 311.2 de la LCSP que lo regula establece que: *«En el ámbito de las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos se establecerá por sus normas respectivas debiendo crear un órgano independiente...»*. Ello quiere decir que, en principio es obligatorio, por imperativo legal, para las Comunidades Autónomas el crear este órgano administrativo ya que el vocablo *«debiendo»* no puede ser interpretado de otra forma. La segunda, sin embargo es para aclarar que dicha imposición no es tal si como establece el mismo precepto 311.2 párrafo cuarto, optan por hacer un convenio con la Administración General del Estado para atribuir la competencia de resolver este tipo de recursos al Tribunal Central. La técnica normativa utilizada en este precepto es un tanto confusa porque, del espíritu de la Ley parece deducirse que las Autonomías deben crear su propio Tribunal.

Por otro lado, en las Comunidades Autónomas que opten por la creación de este órgano, el único requisito que se les exige es que sea un órgano independiente cuyo Presidente sea una persona cualificada profesionalmente, en todo lo demás (el que sea de un único titular o colegiado, su nombramiento, autoridad responsable de su nombramiento, terminación de su mandato, renovación, etc.) habrá que estar a sus normas específicas ²⁰,

²⁰ La Comunidad de Madrid por Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público, ha creado en su artículo 3 el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de forma casi análoga al Tribunal Administrativo Central, con la única diferencia de que se podrá incrementar el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje.

Por su parte Álava, mediante Decreto Foral 44/2010, del Consejo de Diputados de 28 de septiembre, crea el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales. Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, crea y regula el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales y Vizcaya lo ha hecho mediante el Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre.

que deberán garantizar en todo caso su independencia e inamovilidad, lo que permite que los requisitos que exijan a los miembros de estos Tribunales sean distintos y por ello mas o menos acotados a los exigidos para los miembros del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En tanto las Comunidades Autónomas no regulen sobre la materia, se aplicará el régimen previsto con carácter supletorio en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 34/2010, en virtud de la cual la competencia para resolver los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tenga atribuida actualmente, pero se tramitarán según las nuevas reglas establecidas por esta Ley.

En las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

Cabría preguntarse si no sería más práctico y económico acometer un procediendo especial y sumario del proceso contencioso-administrativo en materia de contratos administrativos ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo de forma análoga a lo que se estila en Francia.

El legislador, sin embargo, en desacuerdo con el Consejo de Estado o con aquellos ponentes que consideraron mejor que fuesen las Juntas Consultivas de Contratación, en atención a lo querido por el Consejo General del Poder Judicial, de evitar una mayor acumulación de recursos ante los Tribunales de justicia ha optado por crear un órgano administrativo y da opción a que se creen 17 más, en aras a respetar la autonomía territorial.

Ahora bien, parece como si con la Ley se hubiese pretendido respetar sólo la autonomía de las Comunidades Autónomas y no la autonomía local, ya que este recurso, cuando sea en relación con un contrato de alguna Administración local se interpondrá ante un órgano ajeno al Ayuntamiento y perteneciente a otra Administración pública, lo que supondrá que la Comunidad Autónoma vaya a revisar la actuación municipal, agotando la vía administrativa, lo que afectará de una manera muy importante a la autonomía municipal y tendrá unas consecuencias muy importantes para la revisión en vía jurisdiccional²¹.

Por otro lado, la más que probable existencia de más de 17 Tribunales no sólo va a suponer un enorme despliegue económico, sino también una inseguridad jurídica que acabará por resolverse ante Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, por lo que el intento de no congestionar más a los Tribunales de justicia, en mi opinión no se verá cumplido. Aunque

²¹ Vid. María SÁNCHEZ, «Las novedades introducidas por la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público realizada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto».

quizá como dice algún autor²² más optimista, las resoluciones de estos nuevos Tribunales dejarán expedito el camino a la jurisdicción contenciosa, ya que todo interesado querrá interponer un recurso con efectos suspensivos, rápido, ágil y que se resuelve en 10 días.

Ahora sólo cabe esperar que estos nuevos Tribunales respondan a las previsiones de ser órganos *independientes*, cuyas resoluciones gocen de prestigio y autoridad.

En relación con los órganos constitucionales o de relevancia constitucional, la Disposición Adicional tercera dice que: *«los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas»*.

Así mismo, los órganos competentes de las Cortes Generales, establecerán en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el Libro VI de esta Ley, respetando las condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en dicho Título».

Tal y como está redactada esta Disposición Adicional permite pensar que el Congreso de los Diputados y el Senado, como Cámaras independientes, están sometidas a todas y cada una de las normas establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público como si fueran una Administración Pública más, por lo que el recurso en materia especial deberá ser resuelto ante el Tribunal Central del Estado. Pero, si el contrato es de las Cortes Generales la revisión contractual puede ser resuelta ante un órgano distinto, porque las Cortes Generales pueden si quieren establecer el órgano que consideren adecuado para conocer del recurso especial en materia de contratación. El único requisito que se le exige a las Cortes Generales es que sea independiente e inamovible.

El llegar a esta conclusión es sin embargo un tanto absurdo porque lo que con esta excepción se pretende es salvaguardar la autonomía que la Constitución atribuye a las Cámaras. Por esta razón hay que interpretar el precepto en el sentido de aplicarse no sólo al ámbito de contratación de las Cortes Generales sino también al del Congreso de los Diputados y del Senado.

La fórmula «en su caso» que establece la Disposición Adicional tercera no obliga al Congreso, al Senado y a las Cortes Generales a crear un órgano administrativo para resolver los recursos especiales, ni tampoco les excluye automáticamente de su sometimiento al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sino que establece una excepción indeterminada a favor de las Cortes Generales en cuanto a la vía de revisión y concreta determinación del órgano que debe resolver los recursos.

Por esta razón, el Congreso, el Senado y las Cortes Generales podían haber adoptado alguna de estas soluciones:

²² Vid. Manuel PULIDO QUECEDO, «El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», *Tribuna*, Aranzadi.

- Someter el conocimiento de estos recursos directamente a la Jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la articulación de una nueva vía de recurso en materia de contratación siguiendo las directrices de la Directiva 2007/66. Opción que si bien se aparta de lo querido por el legislador en relación con los contratos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local encajaba en el actual esquema de revisión de los actos y disposiciones de las Cámaras que atribuyen a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el conocimiento en única instancia, de los recursos... contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado... (art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que se completa con lo establecido en el art. 1.3 a) LJCA al establecer que corresponde al Tribunal Supremo conocer de los recursos contra los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso y del Senado. Esta opción, sin embargo, haría necesario modificar de nuevo la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para introducir alguna especialidad procesal, sobre todo en lo que a los plazos se refiere.
- Crear un órgano con las garantías de cualificación, independencia e inamovilidad que exige la Disposición Adicional tercera, ya sea común para ambas Cámaras como órgano de las Cortes Generales de composición mixta Congreso-Senado, ya sean varios uno para el Congreso, otro para el Senado y un tercero para las Cortes Generales. Modelo por el que han optado las Cortes Generales como veremos más adelante.
- Someterse mediante la firma de un convenio al Tribunal Administrativo Central de Recursos de Contratación tal y como recoge la LCSP para las Comunidades Autónomas en el artículo 311. Lo que si bien hubiese sido la opción mas adecuada, económica y rápida casa mal con la autonomía parlamentaria a que se refiere el artículo 72 de la Constitución.

En efecto, las Cortes Generales por Resolución de 18 de enero de 2010, del Letrado Mayor, han optado por crear el Tribunal de Recursos Contractuales que es la solución que mayor respetaba su autonomía parlamentaria, como un órgano de naturaleza parlamentaria que reúna los requisitos de cualificación, independencia e inamovilidad exigidos por la LCSP.

Este Tribunal se crea como órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación, en los supuestos previstos en la LCSP, cuando éste se interponga contra actos referidos a los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo.

Este Tribunal estará compuesto por un Diputado, un Senador y un Interventor de las Cortes Generales.

El Diputado y el Senador serán elegidos por las Mesas de las Cámaras reunidas en sesión conjunta. Actuarán alternativamente como Presidente y Vocal en cada uno de los recursos planteados y la duración de su mandato se extenderá toda la Legislatura.

El Interventor de las Cortes Generales actuará como secretario en todos los procedimientos de contratación llevados a cabo en el Congreso de los Diputados y el Senado. En relación con los recursos planteados en los procedimientos de contratación de las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo, formarán parte del Tribunal en su lugar y actuarán como secretarios, alternativamente, el Interventor del Congreso de los Diputados o el Interventor del Senado.

El Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales ajustará su actuación, a las disposiciones procedimentales del Libro VI de la LCSP en las resoluciones del recurso especial en materia de contratación. En todo caso, la resolución dictada en este procedimiento pone fin a la vía administrativa. Contra la misma sólo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1.a) y 12.1.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Si bien es una solución adecuada para resolver el requisito legal de que el Tribunal goce de la independencia y de cualificación jurídica que le exige la LCSP, al hacerlas recaer en funcionarios de las Cortes Generales que por razón de su cargo no hayan tenido ninguna participación en los actos que van a enjuiciarse, en mi opinión la independencia se puede ver mermada por el Presidente y Vocal, habida cuenta que los recursos que se puedan interponer lo serán contra los Acuerdos de las Mesas del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales que como órganos parlamentarios están formadas por Diputados y Senadores. Por otro lado, nada dice esta Resolución para aquellos supuestos en que las Cortes estén disueltas o que los nombrados como miembros del Tribunal dejen de ser diputados o senadores, por cualquiera de las causas establecidas en los Reglamentos parlamentarios.

Los Parlamentos autonómicos de conformidad con el artículo 311.2 LCSP que establece que, *«En el ámbito de los órganos competentes de las Asambleas Legislativas... la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente...»* en aras a salvaguardar su autonomía parlamentaria, deben crear su propio órgano administrativo.

Es decir, si para las Cortes Generales se establecía con carácter potestativo, en la LCSP parece que para las Asambleas legislativas autonómicas es obligatorio porque, este precepto como para las Comunidades Autónomas

como ya he explicado, al utilizar el vocablo «*debiendo*» induce a pensar que es obligado su creación. Pero, los Parlamentos autonómicos tampoco tienen una idea clara de cómo solucionar el tema de la revisión contractual, las opciones (como para las Cortes Generales) pueden ir desde crear su propio órgano independiente, hasta acudir directamente a los Tribunales Superiores de Justicia si se lleva a efecto la modificación correspondiente de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 1.3.a) LJCA]. Si bien la Ley no prevé expresamente el que puedan adherirse por convenio al Tribunal de la Comunidad tampoco lo prohíbe y, lo deja al arbitrio de la normativa específica de cada Comunidad por lo que, en mi opinión también puede si lo desean por convenio someter la resolución de este tipo de recursos al órgano independiente que al efecto cree la Comunidad a la que pertenezcan, más discutible es sin embargo que, si la Comunidad Autónoma no lo cree pueda adherirse por el convenio que firme la Comunidad al de la Administración General del Estado.

En la Comunidad de Madrid la Ley 9/2010, en su artículo 3.6 sí se especifica que debe ser la Asamblea de Madrid la que «en su caso» establezca el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el libro VI de la Ley 30/2007. Pudiendo, en su defecto, atribuir al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad la resolución de los recursos mediante la celebración del correspondiente convenio con la Consejería competente en materia de coordinación de la contratación pública.

Habrà que esperar a un futuro, que no puede ser muy lejano, pues la contratación se sigue llevando a cabo, para ver cómo se ha resuelto al final esta cuestión en los distintos Parlamentos españoles.

3.2. Recursos ante los tribunales de justicia

3.2.1. Recurso ante el orden jurisdiccional civil

Cuando se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada y celebrados por un ente del Sector Público que no tenga la condición de Administración Pública, no cabe recurso administrativo y procede su impugnación ante el orden jurisdiccional civil (art. 21.2 LCSP). No resulta necesaria en estos casos reclamación previa al ejercicio de acciones civiles, por estar concebida dicha reclamación exclusivamente frente a los actos de la Administración Pública según establecen los artículos 120 y 121 de la Ley 30/1992.

3.2.2. Recurso contencioso-administrativo

Agotadas las vías de impugnación de la validez de un acto en materia de contratación y cuando la correspondiente resolución se haya dictado po-

niendo fin a la vía administrativa procede la interposición del recurso contencioso-administrativo según la normativa reguladora de esta disciplina.

A fin de introducir las nuevas prescripciones necesarias para que se reconozca la competencia de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de los recursos que se interpongan tanto por la Administración como por los particulares (sin necesidad de declaración de lesividad) contra las resoluciones de los nuevos órganos independientes creados para resolver los recursos especiales en materia de contratación y la cuestión de nulidad, la Ley 34/2010 establece en su artículo tercero una serie de modificaciones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, todas ellas dirigidas a la interposición de un recurso frente a las resoluciones de éstos nuevos órganos administrativos.

Así, se añade en su artículo 10 que, además de los supuestos anteriores este Tribunal será competente para conocer de las resoluciones dictadas por los órganos competentes para la resolución de los recursos en materia de contratación.

Matiza a su vez esta Ley, añadiendo un nuevo apartado 3 del artículo 21 LJCA, que los órganos administrativos a los que corresponde resolver este tipo de recursos no tendrán la condición de parte demandada cuando se recurra contra sus resoluciones, ostentándola, en su caso, la Administración favorecida por el acto objeto del recurso o que se personen en tal concepto.

Añade un nuevo párrafo del apartado 1 del artículo 44 LJCA, por el que cabe interponer directamente el recurso contencioso-administrativo frente a las resoluciones adoptadas por estos órganos, sin necesidad de previo requerimiento o recurso administrativo.

Y, finalmente, se permite emplazar como parte demandada a las personas, distintas del recurrente, que hubieren comparecido en recurso administrativo, para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días, añadiendo al artículo 49 nuevo párrafo al apartado 1 de la LJCA.