

El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. LA GESTACIÓN DEL SISTEMA.—1.1. La situación previa: inoperatividad de los sistemas de autocontrol.—1.2. La Directiva de Recursos.—1.3. La resistencia inicial.—1.4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003.—1.5. Primera reacción: la Ley de Contratos del Sector Público de 2007.—1.6. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2008.—1.7. Segunda reacción: la Ley 34/2010.—II. LAS DIRECTRICES IMPUESTAS POR LA DIRECTIVA DE RECURSOS.—2.1. La alternativa jurisdiccional/no jurisdiccional.—2.2. La necesaria independencia del órgano no jurisdiccional.—2.3. La capacitación profesional.—2.4. “Justicia delegada”.—III. EL MODELO ORGANIZATIVO ESPAÑOL.—3.1. Un sistema administrativo.—3.1.1. Los motivos de la marginación de la vía jurisdiccional.—3.1.2. Relatividad de los motivos de la marginación.—3.1.3. Una valoración positiva, pero pragmática.—3.2. Un sistema plural y territorializado.—3.2.1. Tribunal Central y Tribunales autonómicos.—3.2.2. Los inconvenientes.—3.2.3. Los problemas de la competencia para conocer de recursos contra actos de las entidades locales.—3.3. Estatuto de los miembros.—3.3.1. La independencia del órgano.—3.3.2. La competencia para el nombramiento y las suplencias.—3.3.3. La capacitación de los miembros del órgano.—3.3.4. Inamovilidad y duración del mandato.—3.4. Estructura y funciones de los órganos.—3.4.1. ¿Órganos colegiados, o también unipersonales?—3.4.2. ¿Uniformidad competencial y funcional?

RESUMEN

El trabajo lleva a cabo una descripción crítica del sistema de tribunales administrativos creados para la resolución de recursos en materia de contratos públicos, en transposición de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de

★ Catedrático de Derecho Administrativo. Gómez-Acebo & Pombo, Abogados.

1989. Analiza con detalle los requisitos impuestos por la Directiva y la forma en que han sido aplicados por el legislador español y por las comunidades autónomas que han creado tales tribunales. En particular, examina las razones de la opción por un sistema de tribunales no judiciales, los inconvenientes y problemas derivados de la coexistencia de diversos tribunales, el estatuto de sus miembros y las cuestiones de estructura y funciones de los mismos.

PALABRAS CLAVE: Tribunales administrativos, contratos públicos, independencia, garantías de los miembros de los tribunales.

ABSTRACT

The work carries out a critical description of the administrative court system which was created for the resolution of appeals in public procurement matters affected by the transposition of Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989. It executes a detailed analysis of the requirements imposed by the Directive and the manner in which they have been applied by the Spanish legislator and the Autonomous Communities responsible for creating these courts. Specifically, it examines the reasons behind opting for a system of courts which lies outside the judiciary, the obstacles and problems arising from the coexistence of various courts, the statutes which govern its members and the structural and operational issues and necessities inherent in the same.

KEYWORDS: Administrative courts, public procurement, public contracts, independence, guarantees of court members.

No cabe duda de que una de las más notables novedades que ha experimentado el sistema administrativo español en el último lustro ha consistido en la implantación, en nuestro ordenamiento, del régimen de recursos administrativos especiales en materia de contratación, y de los órganos a los que se ha confiado la resolución de los mismos, los genéricamente conocidos como tribunales administrativos de recursos contractuales.

La novedad de estas instituciones ha venido determinada por dos factores: de una parte, por ser la primera ocasión en que un sistema de control de la legalidad de los actos administrativos ha tenido que ser establecido en virtud del imperativo del derecho de la Unión Europea; y de otra, por el hecho de que los tribunales encargados de la resolución de estos recursos gozan —también por imperativo comunitario— de un estatuto de independencia desconocido en España hasta ahora, muy superior al que caracteriza a los tradicionales tribunales económico-administrativos.

I. LA GESTACIÓN DEL SISTEMA

El establecimiento de este nuevo sistema —tanto en su vertiente organizativa como funcional— no ha sido pacífico: como es bien sabido, el régimen de recursos especiales en materia contractual tiene su origen en la Directiva 89/665/CEE¹, coloquialmente conocida como Directiva de Recursos, cuya plena transposición al Derecho español no se ha producido sino tras un tormentoso proceso de once años de duración, que finalizó con la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Pero, antes de examinar el desarrollo de este proceso, es conveniente hacer una breve referencia a la situación preexistente.

1.1. La situación previa: inoperatividad de los sistemas de autocontrol

Es notorio que la Unión Europea ha carecido, y carece hoy, de competencias sobre los regímenes de impugnación de la actividad administrativa de los Estados miembros, salvo en los limitados aspectos colaterales de la cuestión prejudicial y de la responsabilidad por infracción del ordenamiento comunitario. Pero ello no supone que desconozca ni que sea insensible a las deficiencias funcionales que muchos de ellos presentaban en este punto, que son muy semejantes.

1. En algunos de los Estados de la Unión, entre los que España se cuenta, el control de legalidad de la Administración se lleva a cabo, en una primera fase, mediante un conjunto de medios impugnatorios de autocontrol, los recursos administrativos. Tales medios han gozado de una eficacia prácticamente simbólica, por no decir nula: salvo en escasísimas ocasiones, la interposición del recurso no paraliza la ejecución del acto administrativo que se impugna, lo que permite a la Administración emprender y consumir, en ocasiones, la ejecución de lo ordenado por él. Y, además, es rigurosamente excepcional que el procedimiento de recurso finalice con una resolución favorable al recurrente: las que llegan a dictarse son, en un altísimo porcentaje, de sentido desestimatorio, y son también abundantes los recursos que no llegan siquiera a resolverse, quedando desestimados por silencio administrativo y limitándose

¹ Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (Diario Oficial n.º L 395 de 30.12.1989). En la exposición de su contenido partimos del texto actualmente vigente, modificado (muy profundamente) por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DOUE n.º L 335 de 20.12.2007). Solo se aludirá, pues, al texto original de la Directiva 89/66/CEE en la medida en que el desarrollo de alguna cuestión lo requiera.

la Administración a remitir el expediente al juez o tribunal contencioso para que enjuicie el acto original.

Todo ello es imputable, en buena parte, al hecho de que, de acuerdo con el tradicional dogma francés del Ministro-juez, estos recursos se resuelven formalmente por instancias políticas, o por funcionarios estrictamente dependiente de ellas, lo que hace que en las resoluciones prevalezcan los criterios de gestión pública sobre los de estricta legalidad.

Estas decisiones son a su vez impugnadas, posteriormente, ante un órgano jurisdiccional (o administrativo, pero de rasgos parajurisdiccionales, como sucede en Francia); una instancia independiente de la Administración recurrida, pero que presenta unas deficiencias funcionales similares a las descritas. Por un lado, aunque los jueces y tribunales de lo contencioso ostentan el poder de paralizar la eficacia de los actos que se impugnan ante ellos mediante la adopción de una medida cautelar, el porcentaje de procesos en los que tal medida se impone es muy inferior a aquellos otros en los que se deniega; y, cuando se adopta, la decisión del órgano jurisdiccional recae tras un tiempo de tramitación bastante dilatado. Y, por otro, el elevadísimo número de recursos contenciosos que se emprenden hace que la estructura jurisdiccional, en su conjunto, se encuentre desbordada en su capacidad resolutoria, de manera que el pronunciamiento de las sentencias se demora extraordinariamente en el tiempo; años, en muchas ocasiones.

Conjuntamente, todas estas circunstancias enervan casi por completo la utilidad de muchas decisiones judiciales, que recaen cuando la acción administrativa y el paso del tiempo han creado situaciones de hecho difícilmente reversibles. Aunque solo sea parcialmente cierta, la sensación general que todo ello crea es la de la escasa utilidad de todo este sistema de control.

2. No nos corresponde examinar ahora la virtualidad de algunos remedios establecidos o rediseñados para hacer frente a esta situación. Han tenido unos resultados decepcionantes los intentos de potenciación de las medidas cautelares, que continúan concediéndose por los órganos de control en una cortísima proporción de litigios: casi nunca en sede de recurso administrativo, y en pocas ocasiones en vía jurisdiccional. La intensa presión doctrinal a favor de la aplicación sistemática de estas medidas en sede procesal no ha podido superar el prudente *self-restraining* de los órganos jurisdiccionales, que sienten un lógico y justificable temor a paralizar la actuación de las Administraciones durante los dilatados plazos que han de emplearse en sentenciar definitivamente los procesos contenciosos.

Y otro tanto ha ocurrido con los medios alternativos de resolución de conflictos que se han propuesto —en términos de una gran vaguedad, todo hay que decirlo— para conferir alguna utilidad a la vía administrativa de recurso previa al proceso contencioso, con el doble objetivo de darles una resolución rápida y no costosa y, de paso, disminuir el número de recursos que llegan

a ser resueltos por los tribunales. Pero la Administración española nunca ha tomado en serio estas alternativas, pese a la declaración de buenas intenciones que plasmó en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, que se limitó a aludir, en términos de pura sugerencia, a “otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas”, que las leyes podrían establecer cuando lo tengan por conveniente; también, al prever (esta vez no simbólicamente) las posibilidades de terminación convencional de los procedimientos (art. 88 de la Ley 30/1992) y de conciliación en los recursos jurisdiccionales (art. 77 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En muchas ocasiones se han vertido alabanzas entusiásticas a estas propuestas innovadoras. Mi opinión sobre ellas es, sin embargo, muy distinta. Me parecieron entonces, y me siguen pareciendo hoy, una asombrosa mezcla de cinismo y de buenismo endémico: el legislador de 1992 sabía perfectamente que la implantación de estos sistemas alternativos de control no iba a producirse en ningún caso, como así sucedió en el siguiente cuarto de siglo; no iba a producirse porque las Administraciones españolas desconfían radicalmente de todos estos medios y, por el contrario, se encuentran muy cómodas con el vigente régimen de recursos; y sabía también, igual que los autores de la Ley de lo Contencioso, que los medios de arreglo transaccional de los conflictos apenas iban a ser utilizados, porque es un modo de ser cultural de nuestras Administraciones el no transigir nunca. Entre nosotros, solo conservan la esperanza en el futuro establecimiento de estos medios, o en el funcionamiento de los convencionales que ya existen, quienes no conocen por dentro a nuestras Administraciones, no tienen la menor experiencia en la práctica de los procesos contenciosos o desconocen los instintos profundos que mueven, en ellos, a los litigantes.

Seguimos estando, pues, en el mismo punto de partida que hace medio siglo: los ciudadanos acuden resignadamente a utilizar unos y otros medios de control (los de siempre) sin confianza alguna en su resultado final y con pleno conocimiento de que la resolución o sentencia que se dicte al final tendrá, normalmente, una utilidad escasísima o nula.

Esta situación, conocida hasta la saciedad por los expertos españoles, era también notoria para las instancias comunitarias, que veían con preocupación la incidencia negativa que tenía en la efectividad de las normas aprobadas por ellas. Y como estas instancias no se ven frenadas por la resistencia interna de las Administraciones nacionales, tomaron, a fines de los años ochenta, la decisión de interferir en los sistemas de control interno de los Estados miembros, eligiendo para ello el tema testigo de los contratos públicos y moviéndose, justamente, en la línea de alguno de los medios alternativos de resolución de conflictos a los que nos hemos referido.

1.2. La Directiva de Recursos

Tales fueron las razones de base en las que se apoyó la aprobación de la Directiva de Recursos; una norma mucho menos leída que citada, y cuyo contenido debe ser objeto de una reflexión en profundidad, un tanto alejada de las exposiciones al uso².

La Directiva de Recursos sorprende, en primer lugar, por la acrobacia retórica que se vio obligada a hacer para autojustificarse, apelando —igual que todas las Directivas de contratos— al título de la libertad de establecimiento para explicar su aprobación. Y, aunque muy pocas veces se haya dicho, conviene recordar que el título invocado por todas estas Directivas era notoriamente insuficiente: la libertad de establecimiento amparaba, desde luego, la emisión de normas dirigidas a evitar las limitaciones de participación en las licitaciones de empresas comunitarias y cualquier otra medida equivalente que resultase discriminatoria; pero en absoluto podía dar cobijo a las numerosas disposiciones reguladoras del régimen procedimental y sustantivo de los contratos, que son aplicables por igual a licitadores nacionales y extranjeros y que ninguna incidencia tienen en la citada libertad de establecimiento. Se mire por donde se mire, la normativa comunitaria de contratos no es, salvo en una parte mínima, un conjunto de medidas que asegure o favorezca la creación de un mercado único de compras públicas, sino una auténtica legislación uniforme en una materia en la que la Unión carecía y carece de toda competencia.

Más discutible aún era la pretensión de regular no ya la disciplina sustantiva de los contratos, sino el régimen de impugnación de los actos contrarios a dicha normativa comunitaria (y también a las normas internas de cada Estado miembro). La Directiva de Recursos intentó justificar esta segunda derivada con una argumentación de pasmosa inconsistencia. Su punto de partida radicaba en la aseveración de su preámbulo de que las Directivas de contratos “no contienen disposiciones específicas que permitan garantizar su aplicación efectiva”; lo cual era absolutamente cierto, pero no que los ordenamientos nacionales carecieran de ellos. Más arriesgada era una segunda afirmación, según la cual “los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación,

² El proceso que sigue y que finaliza, en España, con la aprobación de la Ley 34/2010, ha sido relatado en ocasiones innumerables, y en términos muy semejantes: prácticamente, en todas las obras citadas en la bibliografía, así como en las de alcance general. Para mi gusto, las más completas y ordenadas son las realizadas por RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (*El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público*) y publicada en el número 25 (2010) de la Revista General de Derecho Administrativo (en www.iustel.com), y por GIMENO FELIÚ, J. M.^a (*El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos*), en el volumen colectivo por él dirigido, *Observatorio de contratos públicos 2010*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2011, p. 211 ss. En los aspectos orgánicos es de obligada cita el tempranísimo libro de PULIDO QUECEDO M., *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010. Por la fecha de su aparición, este libro no da cuenta de la creación y características de los diversos órganos creados por las Comunidades Autónomas, a los que habremos de referirnos luego.

tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias”. Y concluyó, con entero aplomo, que tal ausencia de mecanismos eficaces “tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate”; visto lo cual, procedió a imponérselos a los Estados miembros; omitiendo, por supuesto, que el efecto disuasorio derivado de la ineficacia de los sistemas de control de la legalidad afecta por igual a los nacionales, por lo que su corrección no aportaba nada en absoluto a la libertad de establecimiento.

Entiéndase bien que no damos ya ninguna importancia a esta artificiosa justificación, producto de una etapa de crecimiento incontrolado de los poderes de la Unión, que fue aceptada pacíficamente por los Estados miembros. La Directiva de Recursos llegó para quedarse, y sería ocioso cuestionar ahora su validez.

1.3. La resistencia inicial

Pero quizá no sea superfluo haber puesto de relieve sus excesos, que probablemente explican la renuencia que el Gobierno español mostró hacia la transposición de la Directiva de Recursos. La cuestión solo se planteó en el momento de proceder a la transposición de las nuevas Directivas en materia de contratos³, que llevó a cabo la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; la cual, como es sabido, rehusó formalmente transponer las normas de la Directiva de Recursos, al decir en su exposición de motivos que “no se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro Ordenamiento Jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido”.

El tono desafiante de este párrafo era evidente, y su redacción difícilmente podía ocultar su rechazo a la inmisión en el ordenamiento nacional que suponía la Directiva de Recursos⁴. La primera de las razones alegadas no podía

³ Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE.

⁴ Es justo recordar que el Gobierno proponente de la Ley no estaba solo: aunque con una calculada ambigüedad, el dictamen que el Consejo de Estado emitió sobre el anteproyecto (de 21 de mayo de 1992) no formuló observación alguna sobre este punto, limitándose a decir que “se ha entendido, no obstante, que tal obligatoriedad no requería modificación alguna de la legislación española, dada la existencia de normas nacionales que coincidían con las finalidades requeridas por dicha Directiva”. Obsérvese que el Consejo no dijo que tal fuera su opinión, sino solo que “se ha entendido” (por el Gobierno, se supone). Pero, al no formular observación de legalidad, confirmaba implícitamente la validez del proyecto.

ser más débil, ya que, aunque la Ley 13/1995 versaba, efectivamente, sobre contratos, nada se hubiera opuesto a que en sus disposiciones adicionales se modificara la Ley 30/1992 para incorporar el nuevo sistema de recursos. Pero, en realidad, lo que la exposición de motivos quería decir no era que la ley reguladora de los contratos no fuera el lugar adecuado para regular los recursos; lo que hacía era poner en cuestión la tesis de la Directiva de Recursos, según la cual la regulación de los contratos habilitaba para normar, también, los recursos administrativos o jurisdiccionales a que pudieran dar lugar. Y la segunda constituía una patente provocación, por ser evidente que el sistema de recursos administrativos ordinarios entonces (y ahora) vigente no podía estar más lejos del diseñado en la Directiva de Recursos (sobre todo, en la independencia de los órganos de resolución y en el carácter suspensivo automático del recurso) ni, desde luego, era exhibible como un modelo de eficacia.

Si el legislador español hubiera empleado el lenguaje de la calle, habría dicho algo así como que no se meta usted donde no le llaman; estas fueron exactamente las palabras que uno de los Diputados, ponentes en la tramitación parlamentaria de la Ley, me dirigió cuando se le advirtió de la infracción del derecho comunitario en que se estaba incurriendo. Y, aunque desde la ortodoxia se me harán serios reproches, no puedo ocultar mi instintiva simpatía hacia dicha reacción, porque, en efecto, la Directiva de Recursos constituyó un exceso competencial “de libro” desde la perspectiva del ordenamiento comunitario; pero que nadie recurrió.

1.4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003

Era de esperar que la actitud del Gobierno español suscitara otra de sentido contrario. El 30 de mayo de 2000, la Comisión Europea presentó ante el Tribunal de Luxemburgo un recurso por incumplimiento, “con objeto de que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989”.

Sin embargo (y no deja de sorprender), las imputaciones que se hacían en el recurso se referían a tres puntos concretos: primero, “no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, [...] incluidas las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”; segundo, “no permitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite”; y tercero, “no haber previsto la posibilidad de que se tomen todo tipo de medidas cautelares procedentes en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa”. Nada se decía en el recurso de los restantes preceptos

de la Directiva de Recursos, ni, sobre todo, de la constitución del órgano independiente de resolución que establecía.

El Tribunal de Justicia falló el recurso mediante la Sentencia de su Sala Sexta de 15 de mayo de 2003, *Comisión c. Reino de España*, C-214/00; la cual estimó parcialmente el recurso y declaró el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva de Recursos, acogiendo la primera y tercera de las pretensiones de la Comisión; no así, en cambio, la segunda.

1.5. Primera reacción: la Ley de Contratos del Sector Público de 2007

No puede decirse que la respuesta del Gobierno a este primer revés judicial fuera diligente: solo se le dio respuesta cuatro años después, al aprobar la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en cuyos artículos 37 y 38 se reguló por vez primera el recurso especial en materia de contratación; y se hizo a todas luces con notoria desgana, recogiendo en dichos preceptos el mínimo de regulación que permitiera defender la efectiva transposición de la Directiva de Recursos, salvando específicamente las dos concretas censuras que había hecho la Sentencia de 15 de mayo de 2003: el régimen de medidas provisionales se abordó en el artículo 38; y, aunque estos dos artículos no hacían referencia a las sociedades públicas, podía entenderse que estaban comprendidas en el nuevo régimen de recursos, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley. Así se decía, muy sutilmente, en la exposición de motivos: se incluía en la Ley un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación “con el fin de transponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, [...] *tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”.

Esta opción minimalista no podía disimular algunas carencias clamorosas en el trabajo de transposición: en particular, la ya aludida de la ausencia de creación de un “organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base” (art. 2.9 de la Directiva de Recursos, en su redacción original). Bien al contrario, la Ley 30/2007 era sumamente explícita al decir que el órgano competente para la resolución de estos recursos sería “el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública”.

1.6. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2008

No era ésta la única carencia de la Ley 30/2007. La Comisión Europea pasó por alto (significativamente) la cuestión orgánica a la que acabamos de

referirnos, pero planteó un nuevo recurso por incumplimiento de la Directiva de Recursos, con tres nuevos reproches: (i) “no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores”; (ii) “no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración”; y (iii) “permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos”. Obsérvese que el recurso se interpuso el 26 de octubre de 2006; antes, pues, de la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público.

El recurso fue resuelto por la nueva Sentencia de la Sala Segunda de 3 de abril de 2008, *Comisión c. Reino de España*, C-444/06 que, en la misma forma que la de 2003, estimó dos de las censuras formuladas por la Comisión (las enumeradas en primer y segundo lugar) y rechazó la tercera.

Este fallo del Tribunal de Justicia es un perfecto ejemplo de las sentencias que podrían llamarse históricas, al referirse a un estado de cosas normativo ya derogado cuando se dictan, y cuyos reproches se encuentran ya salvados por la legislación vigente. La notificación de la adjudicación del contrato a todos los licitadores había sido ya impuesta por el artículo 137.1 de la Ley 30/2007, siendo el plazo para ello el general establecido en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992; y, asimismo, el plazo de espera entre la adjudicación del contrato y su formalización venía impuesto en el artículo 37.7, al disponer que “si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato”. Es poco comprensible que, habiéndose dictado la Sentencia más de cinco meses después de la publicación de la Ley 30/2007, aquélla no hiciera la menor referencia a la misma.

1.7. Segunda reacción: la Ley 34/2010

No podemos suponer que la Sentencia de 3 de abril de 2008 produjera un fuerte impacto en el Gobierno español, por su irrelevancia práctica. Pero el principio de la imprevisibilidad del comportamiento de las instituciones públicas se hizo realidad, una vez más, cuando dos años después fue aprobada la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007 (y de la de sectores excluidos). Entonando el “marchemos francamente, y yo el primero, por la senda constitucional”, el legislador español se decidió a acoger en todos sus puntos, las exigencias contenidas en la Directiva de Recursos, así como en las modificaciones introducidas en la misma la posterior Directiva 2007/66/CE. Lo hizo añadiendo a la Ley 30/2007 un nuevo Libro VI (arts. 310 a 320), hoy integrados, con una nueva ubicación sistemática, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF, en adelante), como al comienzo señalamos.

II. LAS DIRECTRICES IMPUESTAS POR LA DIRECTIVA DE RECURSOS

Los aspectos orgánicos del recurso especial se regulan —sucinta y un tanto apresuradamente— en el apartado 9 del artículo 2 de la Directiva de Recursos.

No deja de suscitar extrañeza la ubicación de estas reglas, situadas en un artículo cuyo rótulo no alude a cuestión orgánica alguna (“Requisitos *de los procedimientos* de recurso”), en un apartado que comienza refiriéndose a la obligación de motivar las resoluciones de estos recursos, y redactándolas como una suerte de apéndice a una obviedad (la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para asegurar que los actos serán recurribles: algo que ya había dicho reiteradamente la Directiva de Recursos en los apartados anteriores)⁵. Con toda probabilidad, esta localización solo se debió a la conciencia de los autores de la norma de estar regulando cuestiones que excedían notoriamente de la competencia comunitaria.

Los requerimientos que estas normas imponen a los Estados miembros son tan detalladas como imprecisas; como es habitual que suceda en todas las disposiciones comunitarias, que han de ser aplicables en un alto número de ordenamientos jurídicos de estructura y contenido muy diverso.

2.1. La alternativa jurisdiccional/no jurisdiccional

En primer lugar, la Directiva de Recursos permite, alternativamente, que el órgano que resuelva el recurso sea de naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional.

A esta afirmación no puede llegarse más que después de un proceso interpretativo, ya que el texto literal de la Directiva de Recursos no puede ser más equívoco: habla de “*un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE*”. Para empezar, la fórmula parece redundante, porque un recurso jurisdiccional es solo el que se plantea ante un órgano de dicha naturaleza (jurisdiccional); y la alternativa que se ofrece es la de un recurso “ante otro órgano jurisdiccional”; no parece que la Directiva de Recursos quisiera referirse a órganos pertenecientes a distintos

⁵ La redacción del primer párrafo del artículo 9.2 es, en efecto, desconcertante: “Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso”. Es inevitable pensar, no sin cierta malicia, que la primera parte de este párrafo parece destinada a despistar.

órdenes jurisdiccionales. Y tiene bien poca utilidad acudir al precepto que el art. 2.9 cita (actual art. 267 del TFUE), el cual alude inespecífica y exclusivamente a “los órganos jurisdiccionales” de los Estados miembros, sin referirse a ningún otro de especie o naturaleza distinta.

Que la Directiva de Recursos permite que ese “otro órgano jurisdiccional” no sea jurisdiccional es producto de la interpretación hecha por el TCEE en su Sentencia de 4 de febrero de 1999, *Josef Köllensperger*, C-103/97; la cual, aplicando el más importante de los parámetros de decisión judicial —el sentido común— dejó sentado sencillamente que la Directiva de Recursos ofrece dos soluciones: “La primera consiste en atribuir la competencia para resolver los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a órganos que no poseen dicha naturaleza” (la conclusión no es como para causar asombro, pero, en todo caso, clarifica lo que la Directiva de Recursos deja en la penumbra); esto no obstante, dichos órganos habrán de reunir las características que, acto seguido, la Directiva de Recursos enumera⁶.

Esta incuestionable interpretación corrige, ciertamente, la redacción de la Directiva de Recursos; la cual, a pesar de ello, sigue moviendo al desconcierto, porque o es redundante o es contradictoria. La referencia que se hace al artículo 234 del Tratado CE es, muy probablemente, a los órganos administrativos a los que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha equiparado a los judiciales meramente a efectos de habilitarles para plantear la cuestión prejudicial, tanto por la circunstancia de estarles confiada una tarea de revisión contradictoria de la legalidad de los actos de otros órganos, cuanto por la de estar dotados de una cierta autonomía de funcionamiento respecto de la Administración activa⁷. Pero si esto es así, carecerían de sentido las exigencias específicas que inmediatamente impone la Directiva de Recursos, como comprobaremos de inmediato, que son, más o menos, las mismas que la doctrina del TJUE emplea para designar a los órganos no jurisdiccionales a los que se permite plantear la cuestión aludida.

Lo único que queda claro de estas consideraciones es que las palabras de la Directiva de Recursos no admiten una interpretación lógica y semántica

⁶ Objetivamente, la doctrina de la Sentencia *Köllensperger* tiene un valor relativo, ya que la distinción que introduce tiene como finalidad advertir (como hace acto seguido del texto que acabamos de transcribir) que, si el órgano de resolución de los recursos especiales no es de naturaleza jurisdiccional, la normativa interna deberá prever necesariamente que sus decisiones puedan ser ulteriormente revisadas por un órgano judicial. Una sana advertencia, que se ve inmediatamente empañada por la alternativa que añade: que la revisión de las resoluciones del órgano especial (independiente) podrá ser hecha también por otro órgano no jurisdiccional, pero que tenga las mismas características de independencia que el que es objeto de revisión o control.

⁷ Como se hizo, respecto de los Tribunales Económico-Administrativos españoles, en la Sentencia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfria S.L. y otros c. Agencia Estatal de Administración Tributaria*, C-110 y 147/98; sentencia que llenó de orgullo a las autoridades hacendísticas españolas. Más adelante volveremos sobre este tema.

ordinaria. Quedémonos, pues, con la sencilla conclusión que expresamos en el primer párrafo de este epígrafe.

2.2. La necesaria independencia del órgano no jurisdiccional

a) Si se trata de un órgano no jurisdiccional —dice la Directiva—, debe ser independiente del poder adjudicador y de cualquier otro órgano que intervenga en el procedimiento de contratación o del que aquél dependa.

A esta conclusión debe llegarse prescindiendo, por segunda vez, del texto literal del artículo 2.9 de la Directiva de Recursos (cuya terminología es nuevamente desconcertante), y aun de los métodos clásicos de interpretación. El precepto impone la exigencia de que el órgano no jurisdiccional en cuestión “sea independiente en relación con el poder adjudicador y *con el órgano de recurso*” (sic). Para empezar, aparte de que, en correcto español, hubiera sido preferible hablar de “independiente de”, no de “independiente en relación con”, la expresión “órgano de recurso”⁸ es absurda en su significación primaria (esto es, órgano que resuelve el recurso), ya que no parece posible que un órgano pueda ser independiente de sí mismo. Y no sirve de mucho, para intentar esclarecer esta ambigüedad, acudir a la versión original de la Directiva de Recursos (de 1989), que emplea, en su versión española, otra expresión no menos incierta, la de “organismo de base”.

Es necesario concluir, para dar un significado aceptable a esta expresión, que la Directiva de Recursos pretende aludir, sencillamente, al órgano que hubiera dictado el acto recurrido, cuando no se trate del poder adjudicador *sensu stricto* u órgano de contratación. Así lo avala la apertura de este recurso especial a actos de trámite que no son dictados por el órgano de contratación, sino por la Mesa de contratación u órgano equivalente.

b) La Directiva de Recursos, no obstante, precisa de inmediato el contenido del requisito de independencia, al exigir que el nombramiento de los miembros del órgano no jurisdiccional y la terminación de su mandato “estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad”.

En este caso, la regla es clara: pero tampoco parece que pueda ser entendida en su significado literal. No es razonable suponer que la Directiva de Recursos pretendiera imponer a los miembros del órgano un *status idéntico*, en las materias que menciona, al de los Jueces y Magistrados; parece más lógico que su intención fuera exigir un *status similar*, en el sentido de funcionalmente equiparable, desde el punto de vista de la garantía de su independencia. No creemos

⁸ Que se reitera en los artículos 2 *bis*, 2; 2 *quinquies*, 1 y 3; y 2 *sexies*, 1 y 2 de la propia Directiva.

que quisiera exigirse que la autoridad de nombramiento fuese justamente la misma, dado que, en no pocos países de la Unión, los jueces son nombrados por órganos específicos de gobierno del Poder Judicial; y no tendría sentido que los miembros de un órgano administrativo sean designados por las autoridades judiciales. Y lo mismo ha de decirse de la duración del mandato, que en los jueces es normalmente indefinida, en tanto que la de los titulares de órganos administrativos es invariablemente temporal (el caso, en España, de los Consejeros Permanentes de Estado es una excepción notoria). Es extraño, en contraste, que la Directiva de Recursos no impusiera un requisito de semejanza en el plano de las incompatibilidades, de las que es casi ocioso decir que juegan un papel tan importante o más, en la garantía de la independencia, que la autoridad de nombramiento o el tiempo de permanencia en el cargo.

Volveremos sobre este punto capital al examinar las normas de transposición contenidas en el TRLCSP.

2.3. La capacitación profesional

Resulta igualmente chocante que la Directiva de Recursos, en orden a asegurar la competencia técnica de los miembros de los órganos de resolución de recursos, solo se preocupe de la de quien ocupe su presidencia, del que se dice que “deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez”; lo que permite implícitamente que sus restantes miembros puedan carecer incluso de la licenciatura o grado en Derecho.

No sería absolutamente rechazable, desde luego, que algún miembro de estos órganos pudiera ostentar una titulación o capacitación distinta a la jurídica, dada la multitud de cuestiones técnicas y económicas que se suscitan en los recursos sobre contratación. Pero hubiera sido sin duda preferible que la Directiva exigiera a todos los miembros del órgano una capacitación jurídica o técnica de nivel superior, específicamente en materia de contratos públicos; y que previera también la necesidad de formación jurídica suficiente para la mayoría, al menos, de ellos. Permitir implícitamente que solo uno de los miembros del órgano sea experto en Derecho supone convertir *de facto* a dicho órgano en unipersonal, puesto que el núcleo de todas las discusiones que se tratan en estos recursos pertenecen al ámbito del razonamiento jurídico.

2.4. “Justicia delegada”

Con este rótulo se pretende aludir, empleando una vieja fórmula del contencioso francés, a una última exigencia del artículo 2.9 de la Directiva de Recursos, que se expresa diciendo que las decisiones que adopten los órganos

de resolución de recursos “tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes”.

Esta fórmula ofrece una apariencia de obviedad, y de ser, por tanto, superflua. En una interpretación superficial, resulta evidente que, si se crea un órgano de resolución de recursos, sus decisiones han de obligar a terceros. Pero no necesariamente ha de ocurrir así: cabe fácilmente crear un órgano independiente y de alta formación jurídica o técnica, pero con un poder de mera propuesta o informe, o cuyos acuerdos hayan de ser aprobados, confirmados o ratificados por una autoridad distinta; y ello, con independencia de que, en la práctica, la decisión final coincida, en la práctica totalidad de los casos, con la propuesta o aprobada provisionalmente por el órgano de recursos, como ocurrió con el *Conseil d'État* francés hasta el Segundo Imperio (sistema de “justicia retenida”), o con el Consejo de Estado español en la resolución de conflictos de jurisdicción hasta la vigente Ley Orgánica 2/1987.

Esto es lo que la Directiva de Recursos prohíbe implícitamente, en un doble sentido: primero, otorgando a las decisiones de estos órganos la misma fuerza ejecutoria que a los restantes actos administrativos dictados por la autoridad competente; y segundo, ordenando que dichas decisiones obliguen a los órganos activos de contratación, que no podrán dejarlos sin efecto mediante otro recurso administrativo o utilizando cualquier otro medio de revisión.

III. EL MODELO ORGANIZATIVO ESPAÑOL

3.1. Un sistema administrativo

Es bien conocido que, entre las dos opciones organizativas que permite la Directiva de Recursos, el legislador español optó por conferir naturaleza administrativa a los órganos de resolución de recursos, los cuales se hallan formalmente integrados en la estructura administrativa de las dos Administraciones superiores, del Estado y de las Comunidades Autónomas⁹.

⁹ No puedo, por tanto, compartir la opinión de quien, apoyándose en el *status* de independencia de estos órganos, llega a calificarlos como cuasi jurisdiccionales: así lo hace HERNÁEZ SALGUERO, E. en su por otra parte excelente estudio *El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid*, en Asamblea n.º 28 (2013), pp. 88-89. En nuestro sistema constitucional no hay órganos que se encuentren a mitad de camino entre dos poderes del Estado: o pertenecen a la estructura del Poder Judicial, o son administrativos. Y el que la STJUE *Gabalfrisa*, que citamos más arriba, haya habilitado a los tribunales económico-administrativos para plantear cuestiones prejudiciales no supone una transformación de su naturaleza ni la creación de un *tertium genus* constitucional. También gozan de autonomía legalmente reconocida, y actúan en forma contradictoria, entidades como la CNMC o la CNMV, y nadie, que yo sepa, ha pretendido calificarlos como cuasi jurisdiccionales. Los órganos de resolución de recursos contractuales son puramente administrativos, y su dignidad no precisa de ninguna equiparación nominalística con los jurisdiccionales: la tienen más

3.1.1. *Los motivos de la marginación de la vía jurisdiccional*

No es difícil suponer las razones por las que la Ley 34/2010 rechazó implícitamente la posibilidad de atribuir directamente a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para resolver estos recursos¹⁰. Es muy probable que, de una parte, tuviera influencia la aspiración, a la que antes aludimos, de hacer realidad la referencia que el artículo 107.1 de la LRJAP hacía a los recursos planteados “ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas”. Pero es seguro que, sobre todo, jugó la convicción general de que la rapidez exigida por la Directiva de Recursos era imposible de lograr en una jurisdicción contenciosa cuya carga de trabajo conlleva notables demoras en resolver cualquier tipo de impugnación. Y, por supuesto, tuvo que pensarse que el establecimiento de este tipo de recursos contribuiría a la descongestión de los tribunales contencioso-administrativos.

3.1.2. *Relatividad de los motivos de la marginación*

Desde luego, estas motivaciones son eminentemente cuestionables. Nada cabe decir de la primera de ellas, que pertenece al mundo de las representaciones colectivas, tan lícitas como cuestionables. La segunda posee un fundamento algo más sólido: porque, aunque el recurso especial se hubiera configurado como una modalidad singular del régimen común de medidas cautelares en vía jurisdiccional (como acabamos de ver que se ha hecho en Francia), es cierto que el tiempo medio que, en la actualidad, emplean los jueces y tribunales contenciosos en decidir estos incidentes excede notablemente de los plazos en los que los tribunales administrativos de recursos contractuales (en adelante, TRCs) despachan los recursos.

Pero esta situación puede equipararse, o incluso invertirse, con el tiempo: es sin duda muy satisfactoria la rapidez con la que los nuevos órganos administrativos están hoy resolviendo los recursos que se plantean ante ellos; no debemos olvidar, sin embargo, que la creación y puesta en marcha de los TRCs tuvo

que sobrada, y la tendrán aún más si siguen actuando con la calidad y rapidez que han mantenido hasta la fecha.

No se me oculta, empero, que de esta calificación pretende extraerse luego consecuencias prácticas, con las que tampoco estoy de acuerdo: en particular, en el espinoso asunto del plazo máximo para resolver que tienen estos órganos especiales. Volveremos sobre ello al tratar de la terminación del procedimiento de recurso.

¹⁰ Como se hizo, por ejemplo, en Francia, estableciendo un procedimiento especial —el *référé précontractuel*— que habrán de seguir los tribunales administrativos ordinarios. Para una idea general del mismo, TERNEYRE PH., *L'émergence d'un recours contentieux de troisième type*, Actualité législative Dalloz 1992, p. 82 y ss.; VANDERMEEREN R., *Le référé administratif précontractuel*, Actualité juridique. Droit administratif, 1994, n.º spécial juillet, p. 91 y ss.; y, por supuesto, CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 9.ª ed., 2001, p. 1292 y ss.

lugar en un momento en el que la inversión pública alcanzó mínimos históricos por causa de la brutal crisis que el país ha sufrido; es previsible, por tanto, que cuando alcancemos otro ciclo de bonanza económica, la inversión pública crezca sensiblemente y, con ella, la contratación, los conflictos inherentes a la misma y la carga de trabajo de estos órganos, que ya es muy notable¹¹; de manera que será inevitable que se produzca un incremento muy importante de los tiempos de tramitación y resolución. Por supuesto, el número de miembros de estos órganos, que es hoy casi testimonial, tendrá que aumentar; pero la experiencia nos dice que, en la Administración, la provisión de medios siempre se produce con mucha más lentitud que el incremento de las necesidades. Nada impide que pueda volver a repetirse el fenómeno de progresiva desilusión y frustración que se produjo tras la implantación de los juzgados unipersonales de lo contencioso.

El tercero de los motivos que, seguramente, aconsejaron optar por un sistema de órganos administrativos (la descongestión de la jurisdicción contenciosa) es, sin embargo, completamente fútil. No puedo apoyar esta impresión en ningún dato numérico, pero sí en algunas evidencias intuitivas. Primera, que los recursos en materia contractual son y han sido siempre escasos (sobre todo, los referidos a contratos de muy alta cuantía): las empresas licitadoras reflexionan largamente antes de emprender un litigio con las Administraciones contratantes, por temor a ser miradas con hostilidad o desconfianza en convocatorias posteriores, de manera que perjudique la puntuación que pueden obtener en los criterios de valoración de carácter cuasidiscrecional; que siempre los hay. Segunda, que, por la razón indicada, los recursos en esta materia no suponen más que un pequeño porcentaje de todos los que tiene que conocer la jurisdicción contenciosa, con lo que el hipotético alivio que podrían proporcionar puede llegar a ser, en el conjunto, despreciable. Y tercera, que los conflictos provocados por las licitaciones no consisten solo (ni tanto) en una pugna entre un licitador y la Administración contratante, sino entre dos o más licitadores; poca utilidad tiene, desde este punto de vista, la elevada cuota de estimaciones que comparativamente exhiben estos órganos; son, sin duda, una muestra de su imparcialidad, pero en nada alivian la carga de trabajo de los tribunales, porque el licitador derrotado en estos recursos acude invariablemente, después, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sería interesante

¹¹ Las cifras que pueden obtenerse de la web del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales son ya preocupantes. El número de resoluciones que ha tenido que dictar no ha dejado de crecer: 37 en 2010, 315 en 2011, 303 en 2012, 505 en 2013, 925 en 2014, y 200 en los dos primeros meses de 2015 (que, al mismo ritmo, se convertirán a fin de año, probablemente, en algo más de mil). Un completo estudio estadístico del número de asuntos y resoluciones dictadas por los TRCs, en el reciente libro dirigido por Díez SASTRE S., *Informe sobre la Justicia Administrativa*, Madrid, Centro de Investigación sobre la Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid, 2015, p. 103 y ss.

que pudiera elaborarse alguna estadística del porcentaje de resoluciones dictadas por estos órganos que han sido objeto de impugnación posterior en vía jurisdiccional¹².

3.1.3. *Una valoración positiva, pero pragmática*

Con estas consideraciones no pretendo negar el acierto que el legislador de 2010 tuvo al optar por un régimen de órganos y recursos administrativos, que es indiscutible. Hoy por hoy, la percepción global del sistema que tienen las empresas que son partícipes habituales en las licitaciones de contratos públicos es muy favorable. Con independencia de que unas veces ganen y otras pierdan, la sensación general es que, al menos, el sistema es rápido y útil, y que las respuestas que los recursos reciben son fundadas y meditadas; de manera que los recursos, cuando son necesarios, se emprenden con un importante grado de confianza. Y todo ello es muy importante.

Se observará, por lo demás, que la valoración del sistema se hace en base a razones puramente pragmáticas. No comparto las tesis de quienes, cuando este sistema se estableció, censuraron al legislador, afirmando que lo que debería haberse creado es un nuevo proceso judicial, considerado intrínsecamente superior en calidad democrática al régimen de recurso administrativo. Sin duda, se trata de un prejuicio legítimo, pero no de una exigencia de nuestro ordenamiento jurídico: en un Estado de Derecho no existen sistemas de resolución de conflictos abstractamente superiores o inferiores en calidad democrática a otros: el único título que en cada momento puede esgrimirse para defender su preferencia es que sean más eficaces en tiempo y coste, más imparciales y de mayor calidad técnica es sus resoluciones que los demás. Y en los momentos actuales no cabe negar que el que eligió la Administración española ha dado unos resultados mucho más satisfactorios que los que podría haber dado cualquier otro. Lo cual no obsta para que, si dentro de cinco o diez años llegara a producirse el crecimiento desordenado de asuntos y el consiguiente retraso en decidir a que antes nos referíamos, no deba replantearse la cuestión y ensayar la encomienda de estos recursos a los jueces y tribunales contenciosos.

¹² El estudio dirigido por Díez SASTRE, S., antes citado, estima dicho porcentaje en torno a un 15 por 100, cifra realmente sorprendente (p. 127-130). Sin embargo, las reservas que el propio libro hace constar acerca de esta forma de cálculo relativizan bastante el valor de esa cifra; un estudio estadístico fiable habría de considerar por separado cada uno de los tribunales, y partir de unas series cronológicas más amplias de las que hoy se dispone, que son, en algunos casos, excesivamente cortas para ser significativas.

3.2. Un sistema plural y territorializado

3.2.1. *Tribunal Central y Tribunales autonómicos*

El esquema orgánico establecido por la Ley 34/2010 (hoy en el artículo 41 del TRLCSP) se acomoda de forma muy coherente al esquema de poderes administrativos vigente en nuestro régimen constitucional: un Tribunal Administrativo Central cuyos miembros han de ser nombrados por el Gobierno, y al que se encomienda la resolución de los recursos a que dé lugar la actividad contractual de la Administración del Estado, sus entes instrumentales y los órganos constitucionales (salvo las Cortes Generales), y un Tribunal en cada una de las Comunidades Autónomas (y en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla), nombrado por ellas y con un ámbito de competencias equivalente; aunque se habilita a éstas para no establecer su propio órgano de resolución de recursos y atribuir al Tribunal Administrativo Central la competencia para resolverlos, mediante el correspondiente convenio de financiación de su coste con el Estado¹³.

3.2.2. *Los inconvenientes*

Habida cuenta de la fuerza que la evolución de nuestro sistema político ha dado al poder de autoorganización de las Comunidades Autónomas, esta estructura orgánica era políticamente previsible; y, desde la perspectiva jurídico-constitucional, no puede considerarse censurable. Pero tampoco cabe ocultarse que deja mucho de desear en punto a funcionalidad, por dos razones fundamentales.

a) Primera, por la disparidad de criterios que puede llegar a establecerse en un ámbito como el de las licitaciones públicas, en el que la uniformidad de las reglas de comportamiento de las Administraciones y de las empresas es una clara exigencia de la unidad de mercado. No sería admisible, por ejemplo, que el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso (art. 44.2 del TRLCSP) se hiciera de forma distinta en cada Comunidad Autónoma, como veremos que puede ocurrir, o que el tipo de contratos sujetos a este sistema de recursos especiales conforme a su artículo 40 sea diferente en una y otra comunidad¹⁴.

¹³ Un minucioso estudio de los realizados hasta la fecha, en BERNAL BLAY M.Á., *Los convenios de atribución de competencia para la resolución de recursos y reclamaciones contractuales*, en GIMENO FELIÚ J. M.^a (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, p. 299 y ss.

¹⁴ Como, de hecho, ya ha sucedido en la Comunidad de Aragón, en la que el artículo 33.5 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas, amplió los supuestos a los que

Que este reproche está fundado lo demuestra el propio comportamiento de los órganos territoriales de resolución de recursos, que hasta la fecha han mostrado un empeño ejemplar en apoyarse en soluciones interpretativas ya sentadas por los de otras Comunidades Autónomas y por el del Estado y en mantener, por así decir, una cierta unidad de doctrina. Pero esta innegable buena voluntad no es suficiente, porque la armonía de criterios entre dieciocho órganos distintos terminará rompiéndose más pronto o más tarde; y no solo por los afanes de reforzar supuestos hechos diferenciales, sino sobre todo por los inevitables personalismos que puede generar.

Aunque esta opinión será considerada políticamente incorrecta, estimo que la territorIALIZACIÓN del sistema de recursos fue un desacierto; y que hubiera sido claramente preferible la concentración de todas las competencias de resolución de recursos en un único tribunal, cuyos miembros —desde luego en número muy superior al que tiene hoy cualquiera de ellos— podrían haber sido nombrados consensuadamente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de manera que se asegurase la intervención de alguno o algunos de los nombrados por cada comunidad en la resolución de los recursos que tuvieran su origen en contratos licitados por ella. Creo que los títulos competenciales que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1.18.^a CE (por no hablar del previsto en el apartado 1 del mismo artículo o del de la unidad de mercado) hubieran sido más que sobrados para establecer un esquema orgánico unitario, como el antes descrito o similar.

Y debemos añadir que, en este orden de cosas, la vía *soft* de unificación ofrecida por el TRLCSP (encomienda de la competencia resolutoria al órgano estatal mediante convenio, ya antes aludido) no es, desde luego, suficiente. Ha de reconocerse que, tras la aprobación de la Ley 34/2010, no augurábamos ningún éxito a la posibilidad que ofrecía; un pronóstico que ha resultado fallido y, hasta el momento, en un grado inesperado: en la fecha actual (mayo de 2015), tienen celebrado convenio con el Estado las Comunidades Autónomas de Asturias, Illes Balears, Cantabria, Castilla-La Mancha, La Rioja, Murcia y Valencia. También lo celebraron, en su momento, las comunidades de Extremadura y Galicia.

Tengo para mí, sin embargo, que esta situación no es imputable tanto a un supuesto espíritu de colaboración cuanto a la uniformidad del partido gobernante en todos estos territorios¹⁵ y, más aún, a la política de austeridad pre-

resulta aplicable el recurso especial a todos los contratos de obras, de suministros y servicios cuyo valor estimado, calculado de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 TRLCSP, supere la cifra de 1.000.000 o 100.000 euros, respectivamente. Entiéndase bien: la decisión me parece materialmente acertada, como más adelante razonaremos; pero no lo es el que el tipo de actuaciones recurribles en esta Comunidad sea distinto a las que son susceptibles de este recurso en otras Comunidades. Esta disparidad, desconcertante para todos los licitadores, es susceptible de lesionar el derecho a la tutela judicial por las inadmisiones en que puede incurrir un recurso.

¹⁵ Lo que siempre tiene excepciones, por supuesto, como son los casos, justamente opuestos, del Principado de Asturias y de la Comunidad de Madrid.

supuestaria impuesta desde el Estado; y que, cuando una u otra circunstancia desaparezcan, es más que probable que todas estas comunidades rescindirán sus convenios y crearán su propio órgano de resolución de recursos contractuales, como muy recientemente ha sucedido en las de Extremadura y Galicia; y a esa tendencia contribuirán, con mucha intensidad, las presiones de las élites burocráticas de las comunidades respectivas (la tentación de conseguir un nombramiento del Gobierno autonómico, de alcanzar la situación funcional de servicios especiales y de consolidar un grado será tan fuerte como puede suponerse).

b) El segundo inconveniente que puede generar la pluralidad de Tribunales es, desde luego, la creación de situaciones de indefensión a los recurrentes, a los que puede cerrarse toda vía de impugnación en los casos en que el tribunal al que acudan se declare incompetente, por haber elegido el recurrente, con error, el órgano al que dirigir su recurso; con la consecuencia fatal de que, cuando el impugnante replantee su recurso ante el tribunal competente (de lo que, por lo demás, no suele ser informado por el que inadmite su recurso), se encontrará con que ha transcurrido con exceso el plazo preclusivo de quince días para interponerlo, y de que no podrá acudir a la jurisdicción contenciosa, que inadmitirá también su recurso en base a la conocida excepción de acto consentido del artículo 28 de la Ley de lo Contencioso.

Sin duda se dirá que dichos errores son inexcusables, ya que las reglas de distribución competencial que el TRCSP establece son tan sencillas como nítidas. No es cierto. En el mundo de las personificaciones instrumentales del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales existen múltiples casos de entidades cuya pertenencia al grupo de uno u otro ente territorial no es notorio, así como diversas entidades vinculadas a dos o más entes territoriales (por ejemplo, consorcios y muchas fundaciones públicas); y la dificultad de identificar la Administración territorial de adscripción se multiplica en el caso de los contratos subvencionados¹⁶. Pero, además, un recurso que pretende ser sencillo y eficaz no puede cargar sobre las espaldas de los recurrentes la tarea previa de indagar a qué tribunal ha de recurrirse, y más aún cuando dicha tarea no ofrece un resultado concluyente.

Y tampoco resultaría satisfactoria la respuesta de que lo que ha de hacer el recurrente es seguir las indicaciones de la notificación: no solo porque muchos de los actos impugnables se comunican a los licitadores sin pie de recursos (los pliegos y demás actos de trámite), sino porque ninguna norma obliga a un TRC a admitir un recurso cuya extemporaneidad hubiera sido provocada por el error de notificación cometido por el órgano de contratación (aunque, de hecho, los admitan).

¹⁶ Un supuesto en el que el legislador ha mostrado ser consciente del problema que aquí apuntamos, proporcionando en última instancia el criterio de la “elección de fuero” por el recurrente (art. 41.6 TRLCSP).

Nos parece indispensable que el TRLCSP incorpore una regla (que hoy falta ostensiblemente) en la que se prevea que cuando el recurso especial se interponga ante un órgano o tribunal no competente, éste lo remita al que considere que lo es¹⁷, razonando por qué lo considera así (lo que hoy no se hace); y, lo que es más importante, estableciendo que el recurso que llegue al conocimiento del tribunal competente se entenderá interpuesto en la fecha en la que lo fue ante el que se declaró incompetente. Más o menos, y salvadas las distancias, la razonable solución que ofrece, en los recursos contenciosos, el artículo 8.2 de la Ley de lo Contencioso.

3.2.3. *Los problemas de la competencia para conocer de recursos contra actos de las entidades locales*

Menos satisfactoria aún es la solución que la Ley 34/2010 dio a los recursos provenientes de actuaciones de las entidades locales. El apartado 4 del artículo 41 del TRLCSP deja en manos de cada Comunidad Autónoma la determinación del órgano competente para resolver estos recursos; y, en caso de silencio de la legislación autonómica, dispone que habrá de ser el mismo al que correspondan los recursos contra actos de la comunidad respectiva; es decir, el tribunal y órgano autonómico, o el Tribunal Administrativo Central, si la comunidad hubiera celebrado el convenio con el Estado al que aludíamos párrafos atrás.

La redacción del párrafo primero del artículo 41.4 es francamente desafortunada. Es evidente que la expresión “la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas” no puede entenderse como un cheque en blanco que habilitaría para establecer cualquier sistema de recursos especiales. Una interpretación de esta norma que sea conforme con la Directiva de Recursos solo habilita para crear órganos que posean los mismos requisitos de independencia, y de *status* y capacitación de sus miembros, que se imponen a los órganos estatal y autonómicos.

Esta advertencia no es ociosa. De las diez Comunidades Autónomas que han optado por crear un órgano autonómico propio de resolución de recursos, tres de ellas han atribuido al mismo, expresamente, la competencia sobre la actuación contractual de las entidades locales de su territorio¹⁸. Las restantes

¹⁷ Lo cual no es hoy obligatorio, ya que el artículo 20.1 de la LRJAP solo impone este deber cuando los dos órganos pertenecen a la misma Administración Pública. No obstante lo cual, esta remisión parece haberse hecho con cierta normalidad, como revelan los antecedentes del recurso resuelto por la RTACyL 4/2015; la cual, no obstante, entendió que el recurso se había interpuesto en plazo porque el recurso había tenido entrada en el TARCCYL dentro del plazo de quince días. Del tono de la resolución parece deducirse, sin embargo, que si dicha entrada hubiera tenido lugar más allá del plazo citado, habría sido calificado de extemporáneo.

¹⁸ Es el caso de las Comunidades del País Vasco (Disposición Adicional octava de la Ley 5/2010,

guardan silencio¹⁹, lo que supone la aplicación automática del párrafo segundo del artículo 41.4 TRLCSP y la atribución de la competencia, también, al órgano autonómico respectivo.

Es conveniente, no obstante, referirse a tres peculiaridades que ofrece, en este punto, la legislación de las comunidades que optaron por crear un órgano propio de recursos contractuales; peculiaridades que deben ser objeto de una valoración muy distinta.

a) Primera, la inexplicable ambigüedad en que incurre la norma de creación del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 3.1 (transcrito en la nota anterior) le atribuye la competencia para conocer de los recursos contra los actos en materia contractual de las entidades locales y poderes adjudicadores dependientes de ellas, pero insertando previamente el indescifrable inciso “en su caso”; pero dicha norma de creación (Decreto 221/2013, de 3 de septiembre) no prevé luego supuesto alguno que module o excluya dicha atribución de competencia. Se trata, sin duda, de un exceso verbal al que no debe darse relevancia alguna: lo avala el que uno de los vocales del Tribunal haya de ser nombrado “entre candidatos funcionarios de la Administración local de Cataluña que reúnan el resto de requisitos establecidos en el artículo 6.1, a propuesta conjunta de la Federación de Municipios de Cataluña y de la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas” (art. 5.4); lo que no tendría demasiado sentido si los actos contractuales de las entidades locales de Cataluña no entrasen, en bloque y sin reserva, en el ámbito competencial del Tribunal citado.

b) Segunda, la insólita peculiaridad contenida en las normativas andaluza y canaria. El artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, de creación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, dispone en su apartado 1 que “en el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto *corresponderá a los órganos propios, especializados e*

de 23 de diciembre), con la salvedad que luego se hará; de la de Madrid (art. 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre); de la de Cataluña (art. 3.1 del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre); de la de Extremadura (disposición final segunda, 4 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura); y de la de Galicia (art. 35 bis, 3, de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, modificada por la disposición final segunda de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración). Pueden consultarse estos textos en el apéndice II de esta obra.

¹⁹ Véanse el artículo 17 de la Ley de Aragón 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público; los artículos 58 a 64 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León; y los artículos 208 bis y 210 213 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, modificada por los artículos 49 a 53 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero.

independientes que creen...”²⁰. Y el artículo 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias contiene una norma similar, remitiendo la cuestión a las normas que cada entidad local pueda dictar²¹.

Es cierto que ambos decretos permiten a los entes locales confiar esta tarea al Tribunal autonómico mediante convenio. Pero la mera posibilidad de que cada ayuntamiento andaluz (770 en total, más ocho diputaciones) y canario (88, más siete Cabildos Insulares), abstracción hecha de las dimensiones de su Administración respectiva, pueda crear su propio tribunal de recursos contractuales constituye un disparate soberano y una notoria infracción de la Directiva de Recursos: no solo por la multiplicidad de órganos que supondría y por la disparidad de criterios a que daría lugar (además de su coste de mantenimiento), sino porque es un hecho incontrovertible que las posibilidades de independencia real de un órgano están siempre en función inversa del tamaño de la organización a la que pertenece y de la proximidad a los gestores a los que habrá de controlar. Es prácticamente imposible que un tribunal de contratos de un ayuntamiento de mil habitantes sea independiente de su respectiva corporación; máxime, si es ésta la que ha de fijar las retribuciones de sus miembros. La autonomía local, que invoca el precepto que antes transcribimos, puede dar lugar a un resultado abiertamente contradictorio con la Directiva.

c) En la misma línea, aunque con un grado de moderación mayor, se mueve la Comunidad del País Vasco: la ya citada Disposición Adicional octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, establece, en el párrafo segundo de su apartado 2, que “los municipios de más de 50.000 habitantes integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi podrán crear su propio órgano competente para la resolución de los recursos de su ámbito local y sector público respectivo, con arreglo a los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 311 de la Ley de Contratos del Sector Público, en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto”. Es cierto que el ámbito de aplicación de esta norma es muy limitado, reduciéndose a los seis municipios (de 251; Andalucía tiene 770) que superan el umbral de población citado (las tres capitales, más Barakaldo, Gexto e Irún). Pero la cuestión no es ya de cantidad, sino de calidad.

²⁰ Acogiéndose a esta previsión, han creado tribunales propios las diputaciones provinciales de Cádiz, Granada, Huelva, Jaén y Málaga; de las capitales de provincia, disponen de tribunal propio los ayuntamientos de Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla; pero también lo han creado los ayuntamientos del Puerto de Santa María, La Línea de la Concepción, Linares, Úbeda, Estepona, Marbella, Torremolinos y Alcalá de Guadaira.

²¹ Si bien con la exigencia de que deberán “crear un tribunal independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado, al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que deba conocer”. Esta salvedad se extiende por el propio precepto a las Universidades Públicas canarias.

Con todo, es necesario poner de relieve que ni la Ley 34/2010, ni ninguna de las normas autonómicas, han acertado a dar una solución racional a la cuestión de los órganos de resolución de recursos contra actos de las entidades locales. Sin duda, la atribución de esta competencia a los tribunales autonómicos es la fórmula menos mala. ¿Sería necesario completarla con algunas contadas excepciones, permitiendo la creación de tribunales propios a un reducido número de los municipios de mayor población? No puede negarse que carece de sentido que ciudades cuya población multiplica la que tienen algunas Comunidades Autónomas uniprovinciales (Barcelona, por tres; Madrid, por seis), no puedan tener un tribunal propio; aunque quizá, vistas las cosas con una absoluta objetividad (imposible en el terreno político y de los sentimientos localistas, desde luego), la cuestión no sea tanto si Madrid o Barcelona deben disponer de un órgano privativo de resolución de recursos contractuales, sino de si debieran tenerlo algunas comunidades de dimensión y administración reducidas. La conclusión pragmática es, por tanto, la ya expuesta: encomendar el control de los actos locales en materia de contratación a los órganos autonómicos; establecer singularidades exigiría fijar un umbral de población que, a su vez, trataría de excepcionarse y ampliarse por una plétora de municipios, repitiendo el lamentable espectáculo que se produjo cuando se creó, en 2003, el régimen especial de grandes ciudades.

3.3. Estatuto de los miembros

3.3.1. *La independencia del órgano*

a) El artículo 2.9 de la Directiva de Recursos exige, como antes vimos, que el órgano (no jurisdiccional) de resolución de recursos “sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso”; no hace indicación alguna adicional acerca de en qué haya de consistir esa independencia. Quizá por ello, el artículo 41.1 TRLCSP se limita a precisar, con un sencillo adjetivo, que el Tribunal Administrativo Central “actuará con plena independencia *funcional* en el ejercicio de sus competencias”. Las normas autonómicas creadoras de los respectivos Tribunales u órganos han reproducido esta fórmula, aunque algunas se han esforzado por enriquecer algo el contenido de este concepto, diciendo, por ejemplo, que “ejercitará su función con objetividad e imparcialidad, sin sujeción a vínculo jerárquico alguno ni instrucciones de ninguna clase de los órganos de las administraciones públicas afectadas”²².

²² Disposición adicional octava, apartado 6, de la Ley del País Vasco 5/2010, de 23 de diciembre; esta redacción es reproducida casi literalmente por el artículo 2 del Decreto de Cataluña 221/2013 y por el artículo 6.1 del Decreto de Canarias 10/2015.

Por más que no sean estrictamente necesarias, estas puntualizaciones no pueden considerarse impertinentes; es oportuno recordar la prohibición de impartir instrucciones, por más que ello sea una consecuencia necesaria de la independencia, así como la inexistencia de vínculo jerárquico, aunque este rasgo resulte implícitamente de la previsión contenida en el artículo 49.1 TRLC-SP (exclusión del recurso de alzada y del poder de revisión de oficio). En un sistema administrativo como el español, en el que la sujeción jerárquica de los funcionarios a los mandos políticos es tan acusada, estas precisiones son siempre convenientes.

b) Se ha puesto en duda, en alguna ocasión, que sea compatible la independencia que se predica de estos órganos con la “adscripción” que todas las normas establecen de los mismos a un determinado Ministerio o Consejería autonómica. Pero esta objeción no posee fundamento sólido alguno. La adscripción de un órgano [que es preceptiva en todo caso, como ordena el artículo 11.2.a) de la LRJAP] no significa otra cosa que la designación del centro directivo de una Administración en cuyo esquema orgánico deberá integrarse el de nueva creación. Esta designación opera principalmente a efectos de integración presupuestaria, y es imprescindible para conocer el departamento que está obligado a proveer al órgano de los medios físicos para el desempeño de su función, así como el competente para tramitar cuestiones secundarias, pero importantes, como es la efectividad de la designación, cese y situaciones administrativas de las personas que lo sirven. Pero la adscripción no supone necesariamente, por sí sola, vinculación jerárquica de ningún tipo ni constituye un atentado a la independencia formalmente declarada.

c) Mucho más preocupante desde el punto de vista de la independencia es la cuestión de los apoyos externos a los TRCs, que ninguna norma menciona. La composición que en 2010 se previó para todos los tribunales, limitada a tres miembros, se ha revelado muy insuficiente para el número de recursos que se han planteado ante ellos. No se ha hecho uso de la posibilidad de incrementar su número (como prevé para el tribunal estatal el artículo 41.1, párrafo segundo, del TRLCSP), sino que se ha acudido, en algunos lugares, a la solución de reforzar el trabajo de los miembros del tribunal con funcionarios de formación jurídica adscritos a la misma Administración (algunos de los cuales prestan servicio directo a los órganos de contratación), que son quienes preparan las ponencias correspondientes.

Sin poner en cuestión la honestidad de los funcionarios que realizan tales funciones de apoyo, me parece que esta solución organizativa es muy difícilmente compatible con la independencia que los TRCs han de mantener para no infringir la Directiva de Recursos. Requiere un talante muy singular poder desempeñar simultáneamente las funciones de controlador y de controlado; y, por más que los documentos que elaboren sean meras propuestas para su deliberación, es bien conocida la fuerte inercia que tiene todo borrador, y más

aún en un órgano colegiado que ha de despachar un número de asuntos muy elevado.

De todas formas, la construcción de un *status* de independencia no se logra tanto en la definición de las características de un órgano cuanto en la configuración del estatuto de sus miembros, que son múltiples y han de analizarse con detalle.

3.3.2. *La competencia para el nombramiento y las suplencias*

En primer lugar, el régimen de nombramiento, que, de acuerdo con el artículo 9.2 Directiva de Recursos, estará sujeto “a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento”. La Ley 34/2010 procuró ajustarse al máximo a esta exigencia, previendo que los miembros del Tribunal Administrativo Central fueran nombrados por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia (art. 41.1, párrafo sexto, TRLCSP; la misma regla han establecido la totalidad de las normas autonómicas²³, bien que refiriéndose al Gobierno o Consejo de Gobierno de la respectiva comunidad). Un ajuste completo hubiera sido, sin embargo, imposible, ya que los Magistrados son nombrados en España también por el Consejo de Ministros, pero a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (art. 316.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); propuesta que no hubiera tenido justificación alguna para el nombramiento de titulares de órganos puramente administrativos.

Puede plantear dudas de compatibilidad con la Directiva de Recursos, en cambio, el régimen de suplencias o sustituciones que prevén algunas de las normas autonómicas para los supuestos de vacante, ausencia, enfermedad o impedimento de alguno de los miembros del TRC respectivo. alguna de ellas lo regula de manera completa y plenamente ajustada a las exigencias de la Directiva de Recursos: es el caso de la Ley del País Vasco 5/2010, de 23 de diciembre, que en el apartado 11 de su disposición adicional octava dispone: “Dado el carácter de unipersonal con que se crea inicialmente este órgano y a fin de dar continuidad a las competencias asignadas al mismo, *el Gobierno Vasco*, a propuesta conjunta de los titulares de los departamentos de Economía y Hacienda y de Justicia y Administración Pública, designará en el mismo acto del nombramiento del titular o la titular del órgano a la persona o personas

²³ Con dos excepciones: Cataluña atribuye la competencia para el nombramiento de los miembros de su Tribunal a “la persona titular del departamento competente en el establecimiento de criterios y en la dirección y el control de la contratación pública” (art. 5.2 del Decreto 221/2013); y Canarias la confía al titular del Departamento competente en materia de contratación, pero previa conformidad del Gobierno autonómico (art. 4.2 del Decreto 10/2015). La reducción al nivel de Conseller del órgano competente para el nombramiento parece difícilmente compatible con la Directiva de Recursos.

que, *reuniendo los mismos requisitos exigidos para el titular del órgano*, estén llamadas a sustituirle con carácter temporal en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad”. Se cubren, de esta manera, los dos requisitos que la Directiva de Recursos exige, relativos a la autoridad competente para el nombramiento y la cualificación profesional del nombrado como suplente, que han de ser los mismos que los exigibles respecto del titular del cargo.

En otros casos, sin embargo, la regulación es mucho más escueta y, por ello, menos satisfactoria. El artículo 8.2 del Decreto de Andalucía 322/2011 prevé que el nombramiento del suplente se haga por el Consejo de Gobierno; pero sus requisitos personales se remiten a lo que se establezca por Orden del titular de la Consejería competente en materia de Hacienda. Justamente en sentido inverso, el artículo 8.5 del Decreto de la Generalitat de Cataluña 221/2013 exige que el sustituto reúna los mismos requisitos que el titular; pero no dice a quién corresponde su nombramiento. Y el artículo 208 bis, 3 de la Ley Foral 3/2013, así como el artículo 18.2 de la Ley de Aragón 3/2011, se limitan a prever la posibilidad de nombramiento de suplentes, pero sin mencionar la autoridad que haya de hacerlo ni aludiendo a los requisitos del así nombrado.

Todas estas lagunas son irrelevantes, debiendo entenderse cubiertas por la norma de la Directiva de Recursos, suficientemente concreta y precisa para permitir su aplicación directa: dicho de manera gráfica, la regulación que contiene la ley vasca sería aplicable a todas las Comunidades Autónomas.

3.3.3. *La capacitación de los miembros del órgano*

El artículo 9.2 Directiva de Recursos solo establece un requisito de capacidad profesional, bastante impreciso y referido exclusivamente a quien ostenta la presidencia del órgano de resolución de recursos: “Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez”. Nada se dice de sus restantes miembros.

a) La Ley 34/2010 no quiso, sin duda, pecar por defecto en la transposición de esta norma, imponiendo a los miembros del Tribunal estatal dos requisitos acumulativos: primero, tener la condición de funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado; y segundo, haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública (art. 41.1, párrafos tercero y cuarto, TRLCSP). Los requisitos son bastante más rigurosos que los que la Directiva de Recursos impone, y no parece que ésta pueda interpretarse en el sentido de exigir la previa superación de las oposiciones para ingreso en la judicatura, que no tendría la menor lógica para el nombramiento de titulares de un órgano puramente administrativo.

No puede decirse lo mismo de un dato apenas perceptible en una lectura rápida del precepto citado, el cual, sorprendentemente, exige la titulación en Derecho al presidente del Tribunal Administrativo Central, pero no a sus vocales. Esta decisión, sin duda buscada de propósito, es, obviamente, disfuncional, porque difícilmente puede elaborar resoluciones fundadas en Derecho (y tan complejas como son los asuntos a las que se refieren) quien carezca de profundos conocimientos jurídicos; y es también un tanto absurda, porque no se explica cómo alguien que carezca de esta titulación haya podido trabajar más de quince años en temas jurídico-administrativos relacionados con la contratación pública. Es cierto, como hemos visto, que la Directiva solo exige esta preparación académica al presidente; pero también dice que esta exigencia es “como mínimo”, y no hay razón alguna para suponer que resulte difícil encontrar dos personas de este perfil entre los millares de funcionarios con titulación jurídica que existen en todas y cada una de las Administraciones. No parece razonable suponer que de esta manera quiso dejarse abierta la posibilidad de integrar en el Tribunal a personas de formación técnica o económica, cuyos conocimientos podrían ser útiles en diversos asuntos. La conveniencia de que el Tribunal disponga de asesoramientos de esta naturaleza es evidente; pero ello no tiene ningún sentido en un Tribunal integrado solo por tres personas, a menos que condenar a las que posean titulación jurídica a una insoportable carga de trabajo.

b) En este punto, las disparidades de la normativa autonómica son tantas como comunidades con tribunal propio: solo la del País Vasco se ajusta exactamente a los requisitos exigidos por la legislación estatal. Si las situamos en una escala de requisitos de exigencia decreciente, tenemos que (i) en Andalucía y en Cataluña, los Decretos 322/2011 y 221/2013 imponen la titulación en Derecho tanto al presidente como a los vocales²⁴; (ii) las Leyes de Madrid y de Galicia exigen al presidente y vocales la misma titulación que el TRLCSP, pero reducen a diez años el tiempo de experiencia profesional, tanto del presidente como de los vocales²⁵; (iii) la Ley de Aragón 3/2011 exige la titulación en Derecho a presidente y vocales, reduciendo, como Madrid, a diez años el tiempo de experiencia requerido a los vocales; (iv) la Comunidad Foral de Navarra, cuya Ley Foral 3/2013 exige, como la aragonesa, titulación en Derecho a todos los miembros del tribunal, pero reduce el tiempo de experiencia a diez y cinco años; y (v) la Comunidad de Canarias, que exige la titulación en Derecho al titular (unipersonal) del Tribunal, pero solo cinco años de experiencia (art. 4.2 del Decreto 10/2015).

²⁴ Debe hacerse la salvedad, no obstante, de que en ambas Comunidades Autónomas se exige meramente la titulación en Derecho, no la pertenencia a un cuerpo o escala para cuyo ingreso se haya exigido dicha titulación, que es distinto.

²⁵ El mismo tiempo de experiencia se requiere en el Decreto de Andalucía 322/2011.

Ninguna de estas diferencias respecto del modelo estatal puede juzgarse contraria al ordenamiento comunitario; y es, desde luego, elogiable el requerimiento de la titulación en Derecho a todos los miembros de los tribunales. La reducción de los tiempos de experiencia es, sin embargo, puramente caprichosa y no puede responder más que a razones personales (no, desde luego, al afán de crear un tribunal supuestamente más joven y dinámico, tratándose de una función cuyo desempeño equilibrado requiere una cierta *seniority*). Igual que decíamos líneas arriba a propósito de la no exigencia de titulación jurídica para el presidente que establece el TRLCSP, la reducción del tiempo de experiencia no tiene justificación alguna, porque, transcurridos más de treinta años de la fecha de establecimiento de todas las comunidades, es inverosímil que no puedan hallarse en sus cuadros funcionarios competentes de más de quince años de experiencia.

c) Mención especial merece la singularidad de las normas catalana y vasca en el punto de la pertenencia funcional. Tanto el TRLCSP como las restantes normas autonómicas permiten que los funcionarios elegidos para ser nombrados miembros de cada TRC pertenezcan a cualquiera de las Administraciones Públicas. En contraste, el artículo 6.1 de Decreto 221/2013 establece como requisito para el nombramiento “ser funcionario o funcionaria de carrera del cuerpo A1, subgrupo A1 *de la Administración de la Generalidad de Cataluña o equivalente de la Administración local de Cataluña*”; y el apartado 8 de la disposición adicional octava de la Ley 5/2010 reserva el nombramiento a quienes “sean funcionarios o funcionarias de carrera que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, *en cualquiera de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi*”.

Por evidentes, no es necesario explicitar las razones de esta singularidad.

3.3.4. *Inamovilidad y duración del mandato*

a) La Directiva de Recursos alude conjuntamente, en el mismo párrafo del artículo 2.9, a la duración del mandato de los miembros de los órganos de resolución de recursos, y a su inamovilidad o revocabilidad: “El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad”. Como se ve, la Directiva remite en ambos casos a las condiciones establecidas en el derecho de cada Estado para los miembros del Poder Judicial.

Esta remisión plantea un problema de fondo realmente capital. La legislación española, tanto en el nivel estatal como en el autonómico, han configurado los nuevos TRCs como órganos administrativos cuyos cargos, igual que otros muchos, son de desempeño temporal. La condición de juez, en cambio,

es permanente: al igual que la de funcionario, es una profesión que tendencialmente se desempeña hasta alcanzar la edad de jubilación.

Así las cosas, la traslación del *status* judicial a los miembros de estos órganos plantea dificultades insuperables, porque la condición de vocal de un TRC no es, en puridad, un *status* personal, sino meramente un puesto de trabajo de desempeño limitado en el tiempo. Supuesta, pues, esta configuración que se da a los TRCs, hablar de inamovilidad en sentido tradicional no tiene sentido alguno, ya que esta característica es solo predicable de los *status* personales, no de los puestos de trabajo que los servidores públicos ocupan. En el ordenamiento español, la inamovilidad alude primariamente a la necesaria duración indefinida de la condición funcional o judicial, de la que unos y otros solo pueden ser privados por razones penales o disciplinarias [arts. 379 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 14, letra a) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público].

b) Esta dificultad, sin embargo, pone sobre la pista del problema al que antes aludíamos que, desde el punto de vista de la transposición que se ha hecho de la Directiva de Recursos, es realmente crucial: dado que, en la mayor parte de los Estados miembros de la Unión, la condición de juez es un *status* permanente y de duración indefinida, la cuestión a dilucidar es si la Directiva de Recursos, al exigir “las mismas condiciones aplicables a los jueces”, habría querido obligar a configurar la pertenencia a estos órganos también como un *status* personal y permanente en su duración. Es evidente que, de darse una respuesta positiva a este interrogante, la transposición hecha por España de la Directiva sería claramente incorrecta.

Aunque los preámbulos de los sucesivos textos de la Directiva de Recursos (el original de 1989, y las modificaciones de 2007) no aluden a esta cuestión, creemos que hay en ella elementos implícitos que permiten dar una respuesta negativa al interrogante que planteábamos. Los exponemos sin afán alguno de defender la solución adoptada por el Reino de España en la Ley 34/2010, porque, aunque dicha solución puede considerarse correcta, en nuestra opinión, hay también en la regulación que dicha Ley hace de ella algunas reglas que oscurecen esta conclusión y que deben ponerse de manifiesto.

c) La inexistencia de una obligación de configurar la pertenencia a los órganos de resolución de recursos como un *status* personal, en todo idéntico o equiparable al de los Jueces y Magistrados, puede derivarse, en primer lugar, del hecho de que la Directiva de Recursos acepte que los órganos a quienes se encomiende la resolución de los recursos sean puramente administrativos (o no judiciales). En cualquier país del mundo, los órganos y las unidades administrativas son, sencillamente, puestos de trabajo que nadie tiene derecho a ocupar de por vida, ni hasta la edad de retiro; las contadísimas excepciones que podrían citarse confirman esta regla. La inamovilidad se refiere a la posesión del *status*, no a la ocupación de un puesto de trabajo. Y puede deducirse,

también, de la referencia específica que la Directiva hace a la “duración del mandato”, que no tendría sentido si el cargo fuera de ejercicio indefinido; si ha de regularse la duración del mandato, se está aceptando implícitamente que su plazo pueda ser limitado.

La cuestión, por lo demás, ha de abordarse desde la perspectiva de la garantía de la independencia: lo que la Directiva de Recursos hace, al apelar al estereotipo judicial, es prohibir a los Estados que el plazo de duración del servicio, o las circunstancias que permitan la remoción del mismo, estén definidos de tal manera que el titular del cargo se vea condicionado en su imparcialidad por la conveniencia de seguir una determinada línea de conducta en relación con las autoridades a las que ha de fiscalizar y de las que, directa o indirectamente, depende su permanencia. Y a ello podría añadirse que tal diseño ha de asemejarse al aplicable al personal judicial (en lo que sea posible, dada la disparidad de supuestos). Este y no otro es el parámetro desde el que ha de analizarse el ajuste con la Directiva de Recursos de sus normas de transposición.

d) Empecemos, pues, con la inamovilidad, que el TRLCSP regula en el párrafo séptimo del artículo 41.1 enunciando (de modo exhaustivo, se supone) las causas que habilitan para proceder a la revocación del nombramiento de los miembros de estos órganos administrativos. Esta enumeración coincide mayoritariamente con la de causas de pérdida de la condición de juez que establece el artículo 379.1 de la LOPJ: hay coincidencia, en lo sustancial, en las letras b), c), e) y f), y las restantes son muy similares a las correlativas previstas en las letras a), b), d) y e) del artículo 379 de la Ley Orgánica; no se mencionan, en cambio, las causas de pérdida de la condición de juez consistentes en la jubilación y en la separación en virtud de sanción disciplinaria, sin duda por entender que se trata de circunstancias referidas a un *status* permanente, no a un cargo temporal. Por estas razones, parece indiscutible que, en este punto, la sintonía del TRLCSP con la Directiva de Recursos es completa.

No merecen una atención especial algunas singularidades del precepto mencionado del TRLCSP, que solo mencionaremos. Desde luego, están totalmente fuera de lugar las causas de cese mencionadas en sus letras a) y b), que no son, desde luego, causas de remoción o privación coactiva del cargo antes de la expiración del mandato (que es a lo que la norma dice referirse: “no podrán ser *removidos* de sus puestos...”); es obvio que la expiración del mandato y la renuncia al cargo no pueden ser consideradas, en modo alguno, como causas de *remoción*, sino de simple *cesación en su ejercicio*; como tampoco lo es la defunción del titular, que —de modo totalmente innecesario— mencionan el Decreto regulador del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y la Ley vasca. Y, aunque suponga la adición de una causa de cese no prevista en la normativa judicial, creo que la inclusión como tal de la condena a pena que conlleve la inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público [letra e) del artículo y párrafos citados del TRLCSP] es algo tan elemental que

no requiere justificación alguna ni, desde luego, supone atentado alguno a la independencia.

Y entre las que podríamos calificar de singularidades por omisión del mismo precepto legal (en el sentido de causas de cese que no se mencionan, pero que deberían haberlo sido) habría de aludirse a la pérdida de la condición de funcionario, ya que la tenencia de este *status* es requisito indispensable para acceder al cargo.

En contraste con las indicadas, sí debemos referirnos a dos causas de cese, de las contenidas en la relación del párrafo séptimo del artículo 41.1, que pueden suscitar alguna inquietud desde la perspectiva de la independencia: me refiero al “incumplimiento grave de sus obligaciones” y a la “incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función”. Una y otra circunstancia son conceptos de un alto nivel de indeterminación, cuya apreciación, si no es discrecional en sentido técnico, permite desde luego un margen de valoración muy amplio: sobre todo, en el primer caso, ya que ninguna norma enumera dichas obligaciones y cuando su grado de cumplimiento nunca puede ser considerado perfecto; en el segundo, porque no se indica —como podría haberse hecho sin dificultad— si se alude exclusivamente a la incapacidad derivada de circunstancias físicas, o de otro tipo. Por sí solas, ambas causas de remoción no pueden considerarse atentatorias al principio de independencia: todo depende de la aplicación, extensiva o no, que pueda hacerse de ellas en casos concretos. Entre tanto, creemos que la exigencia de un procedimiento contradictorio para el empleo de dichas causas²⁶, y la posibilidad —que no puede discutirse entre nosotros— de un control judicial posterior de las resoluciones que se adopten son suficientes para considerarlas compatibles con las exigencias de la Directiva de Recursos.

e) Al plazo de duración del mandato se refiere el párrafo noveno del artículo 41.1 TRLCSP, diciendo que será de seis años y que no podrá prorrogarse. Esta pauta solo ha sido seguida, en ambos puntos, por las normas reguladoras de los tribunales autonómicos de Aragón (art. 19.1 de la Ley 3/2011) y Madrid (art. 3.3, párrafo sexto de la Ley 9/2010). En las restantes comunidades, los criterios seguidos son variables: en cuanto a la duración, acogen el plazo seis años las de Galicia (art. 35 *quater* de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico), Navarra (art. 208 bis, 2 de la Ley Foral 3/2013) y País Vasco (disposición adicional octava, 9, b de la Ley 5/2010); en cambio, las de Andalucía (art. 2.3 del Decreto 322/2011), Cataluña (art. 7 del Decreto 221/2013) y Canarias (art. 4.2 del Decreto 10/2015) lo reducen a cinco. Y, en cuanto a la posibilidad de prórrogas del mandato, el Decreto andaluz permite una sola, mientras que las normas de Cataluña, Navarra, País

²⁶ Lo prevé expresamente el párrafo octavo del artículo 41.1. El artículo 3.3 del Decreto de Andalucía 322/2011 lo regula con detalle, pero sin aportar ningún elemento de garantía especial.

Vasco y Canarias prevén la posibilidad de reelección indefinida; la Ley gallega, por su parte, no prevé ningún tipo de prórrogas.

Es evidente que el lapso temporal al que el mandato se extiende, así como la posibilidad de ampliarlo mediante prórrogas, puede ser un elemento seriamente condicionante de la independencia. Lo es negativamente, sin duda, si este plazo fuera excesivamente breve (uno o dos años, por ejemplo), por cuanto la atención primordial de los nombrados se fijará en satisfacer las preferencias de los sucesivos Gobiernos; no cabe duda de que el nivel de independencia crece a la par que el tiempo de duración del mandato. Y, aunque no creo que sea preceptivo alcanzar un nivel de independencia máximo haciendo indefinido el plazo de mandato (hasta la jubilación), me parece que la combinación plasmada en la legislación estatal y seguida por Madrid y Aragón se queda sensiblemente corta. Es cierto que la percepción vital del tiempo depende mucho de cada persona y de su edad: pero me parece que, por término medio, seis años y ni uno más no es un plazo suficiente como para que un funcionario pueda experimentar una convicción íntima de ser independiente. Desde este punto de vista, me parecen más acertadas las soluciones propuestas por las normas de Cataluña, Navarra, País Vasco y Canarias; la de Andalucía (5 + 5), solo algo mejor que la del Estado.

Solo resta añadir que la fijación del plazo de mandato y sus prórrogas, en orden a asegurar un grado suficiente de independencia a los miembros de estos órganos, debe contemplarse desde la perspectiva de la independencia frente a la autoridad de nombramiento. La que es necesaria frente a los grupos económicos cuyos conflictos contractuales son resueltos por estos órganos especiales (en evitación de lo que los medios de comunicación han dado en llamar la práctica de las puertas giratorias) no ha de ser asegurada a través del sistema de plazos, sino del de las incompatibilidades *ex post*, como la que establece hoy, en el Estado, el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

3.4. Estructura y funciones de los órganos

La experiencia española, en el plano de los órganos autonómicos de resolución de recursos, plantea dos cuestiones que carecen de respuesta expresa en la Directiva de Recursos.

3.4.1. ¿Órganos colegiados, o también unipersonales?

En contraste con la solución colegiada que establece el artículo 41.1, párrafo segundo del TRLCSP, el apartado 4 del mismo artículo habilita a las Comunidades Autónomas a implantar, para la resolución de estos recursos especiales,

órganos de carácter unipersonal (“... debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente...”).

Esta posibilidad se estableció, quizá, con la vista puesta en algunas Comunidades Autónomas uniprovinciales, cuyo volumen contractual no hacía previsible la necesidad de dedicar al menos tres funcionarios a esta tarea; pero, en la práctica, la solución unipersonal fue aplicada inicialmente por cuatro comunidades de innegable entidad (Andalucía, Cataluña, País Vasco y Canarias; las dos primeras han pasado ya a dar carácter colegiado a su respectivo órgano).

¿Es esta posibilidad adecuada a la Directiva de Recursos? A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. Aunque los indicios que su texto ofrece no son abundantes ni inequívocos, no puede negarse que su artículo 2.9 habla, en plural, de “*los miembros* de esta instancia independiente”; y que, al prever la existencia de un presidente, parece presuponer que éste deberá ser acompañado por algunos vocales.

Pero las interpretaciones literalistas son siempre insuficientes. Mucho más sólidas parecen las razones institucionales: de una parte, la complejidad técnica de los temas que son objeto de estos recursos y la delicadeza de muchas decisiones, que hacen casi imprescindible el contraste de opiniones (en el mundo del Derecho, la soledad puede llevar fácilmente a soluciones extravagantes o disparatadas). Y, de otra, el objetivo de independencia que todo el sistema ha de tender a conseguir: es notorio que la colegialidad es una de las más importantes garantías de este objetivo. Lo es frente a las autoridades competentes para el nombramiento: un funcionario aislado que es objeto de un nombramiento de esta envergadura, es personalmente mucho más vulnerable a las presiones políticas o de los gestores del gasto público —por mucha que sea su entereza personal— que si forma colegio con otras personas. Y lo es también, sobre todo, frente a los licitadores: no se olvide que la mayoría de los conflictos que estos órganos han de resolver no consisten tanto en enfrentamientos con la Administración contratante cuanto entre los propios licitadores, frecuentemente empresas poderosas dispuestas a defender a ultranza su principal activo de negocio, la cartera de pedidos; y que un órgano unipersonal es mucho más asequible que otro colegiado a supuestos de “captura” por alguno de los contendientes. Me parece que no es necesario explicarlo con fórmulas más explícitas.

Ello no debe interpretarse como una imputación de ilegalidad o desajuste con el derecho comunitario de los órganos unipersonales de resolución de recursos. Esta solución pudo ser admisible como fórmula de urgencia a aplicar en los primeros momentos de instauración del sistema, y en la medida en que el número de recursos y su relevancia económica no exigieran una dedicación de recursos desproporcionada; pero solo parece lícito utilizarla como solución transitoria y de corto recorrido. A medio plazo, la unipersonalidad resulta manifiestamente incompatible con la independencia.

3.4.2. ¿Uniformidad competencial y funcional?

a) Cabe preguntarse, finalmente, si es compatible con el ordenamiento comunitario que la función resolutoria de los recursos especiales sea encomendada a un órgano que tenga, a la vez, atribuidas otras funciones administrativas: no es un supuesto meramente hipotético, ya que, en España, al menos tres Comunidades Autónomas han seguido esta forma de actuar. Lo hicieron algunas, en la fase inicial de implantación del sistema, encomendando la tarea de resolución de recursos a su respectiva Junta Consultiva de Contratación Administrativa; y lo han establecido otras con carácter —tendencialmente— permanente, como las de Castilla y León y Extremadura, que atribuyen esta tarea a su respectivo Consejo Consultivo, siendo su presidente el que lo sea del Consejo, y sus vocales los Consejeros electivos.

Aunque la Directiva de Recursos no dice nada sobre el particular, este modelo solo parece conciliable con sus exigencias si el órgano al que se confíen estas funciones se encuentra dotado de todas y cada una de las características de independencia y régimen de sus miembros que aquélla impone; y ello requiere, además, que las funciones ajenas a la de resolución de recursos contractuales que el órgano ostente no estén sometidas, en su ejercicio, a ningún tipo de condicionamiento jerárquico; el cual, de existir, terminaría contaminando las de decisión sobre los recursos. Ello solo parece posible cuando las funciones distintas de las de resolución de recursos sean de naturaleza consultiva formal (no de *staff*), como sucede en el caso de la Comunidad de Castilla y León. La experiencia muestra que la coexistencia de funciones consultivas y resolutorias de recursos es factible, y que no afecta negativamente a la independencia del órgano que las desempeña conjuntamente: el caso, tantas veces citado, del *Conseil d'État* francés así lo acredita; aunque no es menos cierto que la independencia real y efectiva de un órgano no depende tanto de las prescripciones legales ni de la naturaleza de sus distintas funciones, cuanto de razones históricas y culturales.

b) Una segunda vertiente de la uniformidad alude no a las funciones del órgano, sino de sus miembros. Esta cuestión surge a propósito de algunas normas autonómicas (de Aragón y Navarra, en lo que se nos alcanza a saber) que han previsto expresamente que dichos miembros no actúen, por decirlo coloquialmente, en régimen de dedicación exclusiva, pudiendo compatibilizar su tarea en estos órganos con las que desempeñaban en sus puestos funcionariales de origen.

No parece que esta posibilidad (sin duda, inspirada en una sana política de reducción de costes) se encuentre excluida por la Directiva de Recursos, siempre que la actividad funcional ajena a la de pertenencia a estos órganos no guarde relación alguna con los departamentos de contratación de las Administraciones respectivas; esto es, que la “segunda actividad” de los miembros de los órganos especiales no sea susceptible de afectar a la independencia de

criterio que deben ostentar. La suficiencia o no de una “dedicación a tiempo parcial” para atender adecuadamente y en tiempo las funciones de resolución de recursos es una cuestión casuística y de eficacia ajena por completo a los fines que la Directiva persigue.