

La resolución del recurso especial en materia de contratación

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. FORMAS DE TERMINACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—2.1. Desistimiento. Expreso y tácito.—2.2. Resolución. Aspectos procedimentales.—III. SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN: ESTIMATORIA, DESESTIMATORIA, INADMISIÓN, PÉRDIDA SOBREVENIDA DEL OBJETO DEL RECURSO.—3.1. Estimatoria.—3.2. Desestimatoria.—3.3. Inadmisión.—3.3.1. Inadmisibilidad por extemporaneidad.—3.3.2. Inadmisibilidad por tratarse de actos no recurribles.—3.3.3. Inadmisibilidad por cosa juzgada.—3.3.4. Inadmisibilidad por falta de legitimación activa.—3.4. Pérdida sobrevenida del objeto del recurso.—IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA RESOLUCIÓN.—4.1. Carácter ejecutivo.—4.2. Carácter de congruente.—4.3. Carácter no recurrible en vía administrativa.—V. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LA RESOLUCIÓN.—VI. IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO, RÉGIMEN JURÍDICO.

RESUMEN

La Resolución del recurso especial en materia de contratación constituye el objetivo o la finalidad última de este tipo de procedimiento, siendo por lo tanto de vital importancia su estudio, puesto que presenta una serie de características y peculiaridades, como el régimen de recursos establecido contra la misma, que determinan la necesidad de profundizar en su estudio a la luz de las Resoluciones de los distintos órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, especialmente el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

★ Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

The special resource resolution procurement is the goal or the ultimate purpose of this procedure, and is therefore vital to its study, since it has a number of features and peculiarities, such as the system of appeals established against it, that determine the need to deep in its study in the light of the resolutions of the various administrative bodies responsible for the resolution of special resource procurement, especially the Public Procurement Administrative Tribunal of the Community of Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo constituye la conclusión de los aspectos más destacados del Recurso Especial en materia de contratación que fueron examinados en el artículo publicado en el número 28 de la *Revista de la Asamblea de Madrid* de junio de 2013.

Como ya decíamos entonces, el Recurso Especial en materia de contratación pública, se ha revelado desde su reciente creación como un instrumento efectivo de control de la legalidad en las fases de preparación y adjudicación de los contratos del sector público, dando así cumplimiento a las exigencias de las Directivas 89/665 y la actual Directiva 66/2007, denominadas Directivas de recursos. El transcurso del tiempo ha ido consolidando el papel desempeñado por los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Así se han creado nuevos órganos², y se han suscrito nuevos convenios entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas con el objeto de atribuir al Tribunal Central de Recursos Contractuales la competencia para conocer de los recursos que se planteen en el ámbito territorial de cada una de ellas³.

Asimismo resulta interesante destacar la existencia de voces que abogan por la consolidación de su papel y la ampliación de sus competencias, como un instrumento adecuado de control de una actividad, que no podemos olvidar representa en torno al 17% del PIB⁴.

² Mediante Ley aprobada por el Parlamento de Navarra el 14 de febrero de 2013, se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

³ Los últimos Convenios firmados lo han sido con la Comunidad autónoma Valenciana y con la Ciudad Autónoma de Ceuta (BOE núm. 92, de 17 de abril de 2013) y con el Principado de Asturias (BOE de 28 de octubre de 2013).

⁴ JOSE MARÍA GIMENO FELIÚ «El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica» Observatorio de Contratación Pública (3-7-2013): «*Lo que debe preverse es un sistema integral de control de la contratación pública donde se garanticen las señas de identidad del modelo: independencia, especialización y rapidez. Aquí radica la verdadera eficiencia que tiene que ver no con el número de órganos de control sino con el resultado, eficaz o no de su función. No en vano, como se ha venido recordando, un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan «reparar y corregir» de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto.*»

El análisis del contenido, caracteres y eficacia de sus resoluciones necesariamente se encuentra vinculado o deriva directamente de los caracteres del propio recurso: administrativo pero cuasijurisdiccional, potestativo, exclusivo y precontractual.

Como también señalábamos en el anterior trabajo, los artículos 37 y 38 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que traspone la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros —se encargaron de trasladar al Ordenamiento jurídico Español la Directiva 89/665/CEE de recursos, regulando el régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos⁵, siendo reforzado el sistema de recursos, ante determinadas debilidades en los mecanismos de recursos existentes en los Estados miembros puestas de manifiesto en las consultas con las partes interesadas, en relación con los distintos actos dictados en el seno del procedimiento de contratación administrativa, mediante la actual Directiva de recursos, 2007/66/CE, de 11 de diciembre⁶.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, declaró el incumplimiento del Reino de España en relación con la trasposición de la Directiva 89/665/CEE al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. De esta forma para abarcar ambos fines, se dictó la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El proceso legislativo descrito culminó al dictarse el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en cuyo capítulo VI del Título I del Libro I, bajo la rúbrica «Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resoluciones de conflictos», se recoge el régimen jurídico del Recurso Especial en materia de contratación pública.

Fruto de esta modificación no sólo se recogieron en ella aquéllas cuestiones específicamente exigidas por la Unión Europea, relativas a la existencia de un plazo obligatorio entre la adjudicación y la formalización del contrato a efectos de permitir eventuales recursos con la garantía de eficacia exigida en la

⁵ Debe tenerse en cuenta la existencia de una propuesta de nueva Directiva relativa a la contratación pública que sustituirá a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE como elementos centrales del marco legislativo de la Unión Europea en materia de contratación pública [20 de diciembre de 2011 COM (2011) 896 final].

⁶ Considerando 3 y 4 de la Directiva 2007/66 CE.

Directiva de recursos, sino que también se hicieron una serie de modificaciones de otros aspectos entre ellos algunas relativas a la resolución del Recurso Especial.

Efectivamente el antiguo artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público, contemplaba una serie de aspectos determinantes del carácter que de acuerdo con aquella norma debía tener el Recurso Especial en materia de contratación que fueron objeto de modificación, junto con otras cuestiones no recogidas en el texto inicial de la LCSP que se introducen con la reforma llevada a cabo mediante la citada Ley 34/2010.

Así debe destacarse en primer lugar que el apartado 9 del citado artículo 37, regulador de la resolución de los recursos, contemplaba el carácter desestimatorio del silencio consistente en la falta de resolución en 20 días hábiles desde el siguiente a la interposición del recurso, regulación que ha desaparecido en la legislación actual. Con carácter general la falta de resolución de un recurso administrativo ordinario, una vez transcurrido el plazo que para resolver establece la LRJ-PAC (tres meses en el caso del recurso de alzada de acuerdo con el art. 115.2 y un mes para la reposición según el art. 117.2), permite tener dichos recursos por desestimados, produciéndose el efecto negativo del silencio administrativo. Esta figura del silencio constituye una ficción tendente a garantizar el principio de tutela judicial efectiva, de manera que los ciudadanos que no obtienen un pronunciamiento expreso en sus recursos puedan acudir a la vía jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses, tratándose de una institución típicamente administrativa, puesto que es el funcionamiento o en este caso la falta de funcionamiento del aparato administrativo, la que puede colocar a los ciudadanos en situación de no poder accionar frente a actos inexistentes, inexistencia que es claro que puede afectar a su situación jurídica individualizada e intereses de todo tipo.

Como decimos si bien el artículo 37.9 de la LCSP, en su redacción original señalaba que *«En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso»*, toda mención a los efectos del silencio en este procedimiento desaparecen del texto modificado por la Ley 34/2010, lo que desde el punto de vista de la interpretación auténtica no ofrece ningún género de duda sobre la inexistencia de un régimen específico de silencio para este tipo de recursos.

Ello tiene su lógica si se piensa en el carácter potestativo de la interposición del recurso especial, frente al anterior efecto preclusivo del mismo de cara al acceso a la jurisdicción contencioso administrativa — que constituye la segunda de las modificaciones operadas en torno a la resolución del recurso—⁷ de

⁷ El artículo 37 del texto original de la LCSP señalaba «1. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a

manera que era preciso fijar un plazo para permitir dicho acceso aun sin haber tenido un pronunciamiento expreso.

Por otro lado la falta de previsión del sentido del silencio en la actual Ley está en consonancia con el carácter cuasijurisdiccional del recurso, que vengo sosteniendo⁸.

Otro de los aspectos relativos a la Resolución, a mi juicio fundamental en relación con el carácter del recurso, que ha sufrido una modificación como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, es el del carácter de aquél como revisor de los actos administrativos dictados en el seno del procedimiento de licitación. Así, mientras que en su primitiva redacción la LCSP podía parecer que avalaba la consideración del Recurso Especial como de plena jurisdicción por lo que a los actos de adjudicación se refiere, al señalar el apartado 9 del artículo 37 que *«si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4 segundo párrafo»*, en el actual apartado 2 del artículo 47 del LCSP queda claro que no es el órgano encargado de la resolución del Recurso Especial en materia de contratación, sino el órgano de contratación, quien debe tomar las decisiones que afecten a los actos dictados en el seno del procedimiento de contratación, cuando señala *«Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151»*⁹.

regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos», sin embargo el actual TRLCSP señala en su artículo 40.6 «El recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo».

⁸ Revista de la Asamblea de la Comunidad de Madrid, n.º 28, de junio de 2013, *«Cabe señalar que aunque es obvio que no se trata de órganos jurisdiccionales, entre otras cosas porque no se integra en el Poder Judicial, lo cierto es que puede ser considerado como un órgano de naturaleza cuasi jurisdiccional. Puede traerse a colación para realizar el examen de tal característica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2000, Ass. C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa, S. L., y otros contra Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT): en la que examinando la naturaleza de otros tribunales administrativos —los Tribunales Económico Administrativo— se afirma que «Para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véase, en particular, la sentencia de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, y la jurisprudencia que allí se cita). Los Tribunales previstos en la legislación de contratos, tienen los requisitos antes indicados salvo el del carácter obligatorio de su jurisdicción, puesto que como hemos señalado el recurso es potestativo, de lo que puede afirmarse tal carácter cuasi jurisdiccional.»*

⁹ El Tribunal Central de Recursos Contractuales entre otras en su Resolución 191/2012, se decanta por el carácter revisor del recurso *«Y es que, no puede olvidarse que, tal y como han señalado numerosas resoluciones anteriores (por todas, resolución 62/2012), la función que el Tribunal de Recursos Contractuales desempeña en el enjuiciamiento de las reclamaciones de que conoce es exclusivamente una*

Otro cambio no menor, aunque de forma, es que mientras en la LCSP la regulación de las resoluciones que recaigan en el recurso especial en materia de contratación se recogían en un único apartado del artículo 37, con la modificación operada por la Ley 34/2010, la resolución del recurso se regula en los artículos 47 «*Resolución*» y 49 «*Efectos de la resolución*», recogándose en el artículo 48 como un aspecto complementario el de la «*determinación de la indemnización*», del TRLCSP.

II. FORMAS DE TERMINACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Es clásica la formulación de las formas de terminación del procedimiento administrativo, contenida en el artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que encuentra su trasunto en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en los artículos 67, 68, 74 y 75 de su Ley reguladora.

De acuerdo con los anteriores, dichas formas son, además de la resolución del procedimiento, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, la caducidad del procedimiento, y el allanamiento (para el ámbito procesal, o la celebración de acuerdos para el ámbito administrativo).

Como es lógico no todas estas formas concurren en el procedimiento de Recurso Especial en materia de contratación, cuya terminación puede producirse por resolución, desistimiento, y pérdida sobrevenida del objeto. Sin que se haya establecido específicamente un plazo de caducidad del procedimiento, ni esté tampoco prevista la posibilidad de allanamiento por parte del órgano de contratación. Dado que el objeto de este estudio es la Resolución del procedimiento del Recurso Especial en materia de contratación, vamos a centrarnos en primer lugar en el resto de formas de terminación del procedimiento, para concluir detallando los aspectos concretos relativos a la Resolución, como modo normal de terminación del procedimiento.

función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, de acuerdo con lo dispuesto, con carácter general, para el conjunto de los recursos administrativos, en el artículo 107.1 de la LRJPAC, y, de forma específica en relación con el recurso especial en materia de contratación, en el artículo 47.2 in fine del TRLCSP. Precisamente por ello, en el supuesto de apreciarse la existencia de tales vicios, el Tribunal procederá a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior a aquél en que el vicio se produjo, pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, es decir, del órgano de contratación al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical [art. 62.1.b) de la LRJPAC y, por remisión, art. 32.a) del TRLCSP].»

2.1. Desistimiento. Expreso y tácito

El desistimiento tanto expreso (arts. 90 y 91 de la LRJP-PAC), como tácito constituye una de las otras formas de terminación del procedimiento de recurso. A tal efecto el desistimiento, cuando es expreso, deberá ser aceptado por la Administración, lo que se producirá en todo caso una vez presentado el escrito correspondiente por el representante acreditado de la recurrente, salvo que habiéndose personado terceros interesados en el procedimiento instasen su continuación en el plazo de diez días desde que fueran notificados del desistimiento, tal y como se establece en la LRJ-PAC. Este plazo de diez días aparece como desproporcionado en el seno del procedimiento del Recurso Especial en materia de contratación, en que al órgano de contratación se le conceden sólo dos días para emitir su informe y remitir el expediente, y a los interesados cinco días para alegaciones. Es cierto que la Ley de Contratos no desciende hasta el detalle en la regulación del procedimiento del recurso, remitiendo el apartado 1 de su artículo 46 a la regulación general del procedimiento contenida en la LRJ-PAC. No parece razonable en el contexto de un recurso rápido y eficaz exigido por las sucesivas Directivas de recursos, que este plazo de diez días deba ser considerado como obligatorio en cuanto a su duración. Así parece más acorde con el espíritu de la norma que cualquiera que sea el objeto de las alegaciones, bien el *petitum* del recurso o bien el desistimiento del mismo, en ambos casos los demás interesados en el procedimiento cuenten con un plazo de cinco días hábiles para hacer alegaciones y en concreto, en el caso del desistimiento, manifestar si instan o no su continuación.

Respecto del desistimiento tácito, este se produce cuando requerido un recurrente para subsanar algún defecto en el escrito de interposición del recurso o en la documentación que le acompaña, no se atiende a dicho requerimiento, en los términos del artículo 71 de la LRJ-PAC. Es cierto que el artículo 71.1 está pensado para las solicitudes que formulan los interesados como mecanismo de iniciación del procedimiento y no para los recursos, como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 junio 2009 (RJ 2009\4683), pero no lo es menos que el artículo 44.5 del TRLCSP, previene la necesidad de conceder un plazo de tres días a los recurrentes para subsanar los defectos que puedan afectar al escrito del recurso o a los documentos que preceptivamente deben acompañarlo conforme al mismo artículo en su apartado 4, bajo apercibimiento de tenerles por desistidos, de manera que se produce una avocación expresa del artículo 71 para el Recurso Especial.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta figura del desistimiento tácito no es más que una presunción y que por tanto admite prueba en contrario, y que queda destruida por cualquier actividad del recurrente tendente a continuar con el recurso. De esta forma si el requerimiento se atiende fuera de plazo, pero antes de dictar resolución, o no se atiende pero se fundamenta la oposición a su cumplimiento, no cabrá tener por desistido al recurrente, sin perjuicio del efecto que la oposición expresa al requerimiento efectuado pueda tener en su caso respecto de la resolución final.

Otra cuestión relativa al desistimiento es la de si debe llevar o no aparejada la imposición de una multa, sobre todo teniendo en cuenta que en la Comunidad de Madrid, la tramitación del recurso especial en materia de contratación genera una tasa cuando el órgano de contratación es una Universidad o una Administración Local. Aunque el tratamiento de las multas que pueden imponerse en la Resolución es objeto de otro epígrafe, lo cierto es que se puede adelantar que estando vinculada la imposición de multas a la existencia de mala fe, no puede entenderse que esta se produzca de forma automática cada vez que interpuesto un recurso se desiste después del mismo, debiendo ser probada y examinada su concurrencia al caso concreto.

2.2. Resolución. Aspectos procedimentales

La forma normal de terminación del procedimiento del Recurso Especial en materia de contratación es la Resolución. El plazo para dictar resolución será de cinco días hábiles a contar desde la recepción de las alegaciones de los interesados o del plazo señalado para su formulación y en su caso, a contar desde la conclusión del período señalado para la prueba, como señala el artículo 47.1 del TRLCPS. En el caso de que el Tribunal solicite asesoramiento técnico sobre cualquiera de las cuestiones que se planteen en el recurso, el plazo comenzará a contar desde la recepción de la información que se hubiera solicitado.

Este plazo de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de las alegaciones, es el plazo que verdaderamente recae sobre el Tribunal y cuyo cumplimiento determina que el recurso tenga el carácter rápido con que se le ha querido dotar en las Directivas de recursos, pero a diferencia de la redacción anterior a la Ley 34/2010, como más arriba he señalado, en el TRLCSP no se establece un plazo total de duración del procedimiento, ni efecto alguno a la falta de resolución dentro de dicho plazo.

III. SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN: ESTIMATORIA, DESESTIMATORIA, INADMISIÓN, PÉRDIDA SOBREVENIDA DEL OBJETO DEL RECURSO

Son varios los pronunciamientos que puede contener la Resolución final del Recurso Especial en materia de contratación, en los términos del artículo 47.2 del TRLCSP *«La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión...»*.

Vamos a ver qué aspectos merecen destacarse de cada uno de los indicados pronunciamientos.

3.1. Estimatoria

La resolución que se dicte puede acoger las pretensiones hechas valer por el recurrente en el procedimiento, estimando el recurso, bien total o bien parcialmente «*La resolución del recurso estimará en todo o en parte*». Esta estimación del recurso puede llevar consigo, tal y como se establece en el mismo apartado la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones y en su caso, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso.

En este último caso, dado que nos encontramos ante la solicitud de una indemnización, para su apreciación, deben seguirse los mismos requisitos que en general operan en el ámbito de la reclamación de responsabilidad patrimonial del daño, por remisión del artículo 48.1 del TRLCS al artículo 141.1 y 2 de la LRJ-PAC¹⁰, esto es efectividad del daño, relación de causalidad del mismo con la actuación anulada por el Órgano encargado de resolver el Recurso especial y antijuridicidad, entendida como la inexistencia de la obligación de soportar el mismo.

En todo caso, se encuentran comprendido dentro del daño indemnizable, por aplicación del artículo 48.2 del TRLCPS, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o participación en el procedimiento de contratación.

3.2. Desestimatoria

La desestimación del recurso representa el reverso del anterior tipo de resolución e implica la no toma en consideración de las peticiones esgrimidas por el recurrente.

¹⁰ «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.»

3.3. Inadmisión

Como es sabido la inadmisión del recurso se produce en aquellos casos en que existe un obstáculo de índole procedimental (o incluso, de fondo si hablamos de falta de legitimación ad causam) que impiden al Tribunal pronunciarse sobre la cuestión planteada, esto es sobre el concreto petitum del escrito de recurso. Es claro que la inadmisibilidad del recurso es uno de los posibles pronunciamientos establecidos por la Ley en que se puede concretar la resolución final del procedimiento. Sin embargo, ninguna de las versiones que ha tenido la regulación del Recurso Especial ofrecía causas concretas de inadmisión del mismo. No obstante, qué duda cabe que la apreciación de obstáculos que impiden entrar a conocer del fondo del asunto por parte del Tribunal debe ser tratada como causa de inadmisión a la vista de la aplicación supletoria de la LRJ-PAC, ex artículo 46.1 del TRLCPS, que permite aplicar el artículo 113.1 de la misma cuando señala que «*La resolución del recurso estimará en todo o en parte, o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión*».

No obstante, no existir un elenco de causas de inadmisibilidad en la normativa reguladora del Recurso Especial, pueden considerarse una serie de causas de inadmisión derivadas de las distintas resoluciones que ha dictado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

3.3.1. Inadmisibilidad por extemporaneidad

Una de las causas más claras para inadmitir un recurso, es la de su presentación transcurrido el plazo establecido para ello. En el caso del recurso especial en materia de contratación esta causa de inadmisión ha tenido una especial incidencia y ha requerido un especial examen, ya que tal y como aparece configurado el plazo para la interposición del recurso en la legislación de contratos, implica un cambio respecto del sistema general de notificaciones secularmente seguido en nuestro ordenamiento jurídico, que encuentra su fundamento en permitir garantizar la simultaneidad de las notificaciones, y que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se haya respetado el plazo mínimo exigido en la ley para recurrir, al ser único para todos ellos el *dies a quo*, y que ha ocasionado no pocas dudas entre los operadores jurídicos, como ya señalaba en el anterior trabajo al que me remito.

Debe sin embargo, señalarse que la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para interponer el recurso contra los actos de adjudicación, no opera en relación con aquellos actos que sin estar específicamente enumerados en el artículo 40 del TRLCSP pueden asimilarse a la adjudicación a efectos de ser susceptibles de Recurso Especial, como el desistimiento y la renuncia del órgano de contratación (art. 155) o la declaración de desierto (art. 151.3)¹¹.

¹¹ El Tribunal Administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid ha considerado en casos en que el acto recurrido es equiparable a la adjudicación como es el caso del

Si como he señalado, el establecimiento en la legislación contractual, de un sistema de cómputo del plazo ajeno a nuestro tradicional criterio de la *actio nata*, tiende a garantizar la eficacia de la resolución, como es obvio, al no proceder la formalización del contrato por no haber ofertas admisibles o por haber desistido o renunciado el poder adjudicador a su celebración, es claro que la prevención establecida en el artículo 44.2 del TRLCSP, carece de fundamento en tales casos, debiendo considerarse, en virtud del principio *favor acti* y del derecho de defensa, que rige el sistema general de cómputo del plazo, que comienza desde el día en que se recibió la notificación.

Debe señalarse también que el artículo 39.3.b) del TRLCSP regulador de la cuestión de nulidad, no contiene la misma mención específica a la remisión de la notificación, sino que establece que el plazo para la interposición de la cuestión de nulidad será de 30 días hábiles, desde la notificación a los licitadores afectados de los motivos del rechazo de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor. Esta falta de mención a la remisión de la notificación, teniendo en cuenta la inclusión expresa que a la misma hace el artículo 44.2 antes recogida, debe determinar desde el punto de vista de la interpretación literal y auténtica, que en el caso de la cuestión de nulidad el cómputo del plazo sigue el sistema tradicional de nuestro ordenamiento jurídico, esto es de la recepción de la notificación. Además ello resulta avalado por la diferente finalidad que tienen ambos instrumentos de impugnación de los actos dictados en el procedimiento en materia de contratación.

Otro aspecto a tener en cuenta en tanto en cuanto difiere del régimen de recursos previsto en general en nuestro ordenamiento jurídico, presidido por el principio de ventanilla única, es que la presentación debe hacerse necesariamente bien ante el propio órgano de contratación o bien ante el Órgano encargado de la resolución del Recurso Especial, sin que quepa la presentación en cualquier otro Registro de la Administración o en las oficinas de Correos a efectos del cómputo del plazo de presentación. En tales casos, se entenderá interpuesto el día en que tenga su entrada en el Registro del Tribunal o del órgano de contratación.

Sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, recaída en el recurso n.º 2812/2008, difiere del tratamiento del lugar y plazo de presentación antes expuesto, al señalar *«que no hay extemporaneidad en el recurso especial que interpuso G. No la hay porque presentado en la Oficina de Correos el 30 de agosto de 2008, no sólo estaba dentro de los diez días de plazo legal contados desde el siguiente al que recibió la notificación de las adjudicaciones (el día 23 de agosto), sino que también lo estaría contándolos desde el día siguiente a la publicación del perfil del contratante el 19 de agosto»* (...) *«la recurrente pretende aislar el artículo 37.6 de la Ley 30/2007 de todo el contexto normativo en el que se integra, desconociendo, así, que uno de los elementos que han de tenerse*

desistimiento, la renuncia o la declaración de desierto, que la equiparación entre actos no alcanza al régimen jurídico del cómputo del plazo para recurrir (*vid.* Resolución 35/2012, de 28 de marzo).

presentes para establecer el sentido de las normas, según el artículo 3.1 del Código Civil, es, precisamente, ese contexto. Y, situada en el suyo, esta disposición sirve para poner de manifiesto que la presentación del recurso en el registro del órgano de contratación a la que se refiere el artículo 37.6 no es la única manera de hacerlo llegar a la Administración, consideración que enlaza con las prescripciones del artículo 38.4.c) de la Ley 30/1992, norma legal básica de proyección general cuya aplicación no excluye expresamente la Ley 30/2007».

Debe tenerse en cuenta que la Sentencia comentada aplica la normativa vigente en el momento, que era la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, en concreto su artículo 37.6. Sin embargo, debe plantearse el estudio y aplicabilidad de la Sentencia en tanto en cuanto la redacción del indicado precepto y el artículo 44.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es idéntica con la única excepción del término «necesariamente» incluido en el artículo 44.3 con la modificación operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que no establece el carácter imperativo de la norma por lo que se refiere al lugar de presentación del recurso —que ya se establecía en el apartado 6 del artículo 37 de la LCSP— aunque lo refuerza.

Esta Sentencia, por tanto, parece querer dar carta de naturaleza a la presentación del Recurso Especial en materia de contratación a través de las oficinas de Correos, de forma que eventualmente podría interpretarse que cabe admitir que el recurso se presente en cualquier lugar, en los términos del artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

La Sentencia que comentamos utiliza como parámetro interpretativo el contexto en el que debe considerarse el artículo 37.6 de la Ley 30/2007, en concreto lo dispuesto en la DA 10 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la DA 19 de la LCSP, ambos referidos al empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación.

Sin embargo, considero, en cuanto a la interpretación literal de la norma aplicable, que la LCSP es suficientemente clara respecto del lugar de presentación del recurso especial, claridad que se ve reforzada si cabe, con la modificación operada en el año 2010, al introducir la expresión «necesariamente». Ello determina que no sea preciso, desde mi punto de vista, acudir a ulteriores interpretaciones y en concreto a la integración sistemática del ordenamiento para entender que nos encontramos ante una ley especial que establece una previsión distinta de la que rige en nuestro ordenamiento jurídico, plenamente justificada¹², en la necesidad de cohonestar la resolución de recursos contra los actos que puedan dictarse en los procedimientos de licitación de los contratos del sector público, sin necesidad de paralizar su tramitación y sobre todo con la clara finalidad de permitir que se sustancie y resuelva el recurso antes de su formalización. Lo que eventualmente sería inviable si se permite con carácter general que el recurso se remita a través de otros mecanismos distintos de los

¹² Dictamen 499/2010, del Consejo de Estado citado *ut supra*.

previstos en la Ley de Contratos, permitidos en la LRJ-PAC. A ello cabe añadir que el Recurso Especial que venimos comentando trae causa de la trasposición de las directivas denominadas de recursos, en consecuencia por aplicación del principio de primacía del derecho comunitario, debe estarse a su regulación en caso de conflicto¹³.

La Directiva 89/665 de recursos, predecesora de la actual 2007/66, en su artículo 2.bis.2, señalaba que la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido, por fax o por medios electrónicos, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato.

De esta forma el proceso de licitación debe quedar paralizado el tiempo que se considere necesario a efectos de la interposición y resolución del recurso, que obviamente el legislador español, con respeto de las Directivas objeto de trasposición, entiende que debe ser el menor posible e igual para todos los licitadores, con el objeto de evitar una interposición en cascada que entorpezca la tramitación del procedimiento de licitación en exceso. Con esta finalidad se establecen una serie de novedades ajenas al sistema propio de notificaciones del derecho español, como es la de la fijación del *dies a quo* del plazo para recurrir desde la remisión, que no de la recepción de la notificación, cuando el acto recurrido es la adjudicación del contrato y la necesidad de que el recurso se presente en el registro, bien del órgano de contratación, bien del Órgano encargado de la solución del recurso.

La determinación de un lugar concreto para la presentación del recurso debe considerarse en relación con el plazo de presentación (supuesto de la Sentencia comentada), de manera que el lugar o forma de presentación sería indiferente siempre que el recurso finalmente entrara en plazo en el registro del Órgano encargado de la resolución del recurso o del órgano de contratación, y si por el Consejo de Estado se ha admitido como hemos señalado una modificación del sistema del cómputo del plazo a partir del día de remisión, que no de la recepción, cuando se impugnan los actos de adjudicación, no encuentro ningún obstáculo para no aplicar el mismo razonamiento al lugar de presentación.

En todo caso asumir la doctrina del Tribunal Supremo en este punto determinaría la necesidad de cambiar de criterio en cuanto a la admisibilidad del recurso en relación con el anuncio de interposición, que en este supuesto se revelaría como imprescindible (sin perjuicio de que también podría presentarse

¹³ Vid. Resolución 55/2013 de 1 de agosto del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

por correo o por otros medios) y su falta podría determinar la inadmisibilidad del recurso. Ello paradójicamente también resultaría contrario al sistema español de recursos y de garantías en cuanto al derecho de defensa¹⁴.

Por último cabe hacer una última consideración respecto de la incidencia que sobre el Recurso Especial puede tener la generalización de este tipo de pronunciamientos. Así el Recurso Especial, aunque ha venido impuesto por la Unión Europea, en el tiempo que lleva implantado, se ha revelado como un sistema eficaz de revisar las resoluciones dictadas en el procedimiento de licitación, y gran parte de su eficacia deriva de la posibilidad de resolver, con anterioridad a la celebración del contrato, utilizando los mecanismos que la ley establece para ello (plazo de espera obligatorio entre adjudicación y formalización, suspensión del procedimiento y plazos breves de tramitación), mecanismos que casan mal con nuestro sistema tradicional de recursos, efectivamente, pero que resuelven perfectamente la cuestión de la eficacia, no generan indefensión y que no cabe rechazar por «distintos», so pena de lanzar una carga de profundidad a la propia línea de flotación del sistema de revisión de las resoluciones dictadas en los procedimientos de licitación pública.

Una última cuestión relativa al plazo de interposición del recurso y la consiguiente inadmisibilidad del mismo por extemporaneidad, es la derivada de la falta de motivación de los actos objeto de impugnación. Una de las cuestiones suscitadas en la práctica del Tribunal madrileño es la que resulta de la eficacia de las notificaciones de adjudicación en aquellos casos en que se producen defectos de cualquier índole en las mismas o en el procedimiento en que se generan (falta de motivación, errores en su realización), así como la vinculación o relación entre la formalización del contrato y el plazo de interposición del recurso y la compatibilidad de éste con la cuestión de nulidad.

En relación con esta cuestión se han planteado interpretaciones y soluciones que conducen a reconocer que el cómputo del plazo de interposición del Recurso Especial en materia de contratación no se inicia sino cuando se ha practicado la notificación con el contenido señalado en el citado artículo 151.4 y del 58 de la LRJAP-PAC, como consecuencia de una interpretación algo rigorista, a mi juicio, de lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP, cuando señala que *«el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente*

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1996 de 30 abril, RTC\1996\76, en concreto cuando afirma que *«la falta de la comunicación previa no frustra las finalidades con ella perseguidas. Y de todo ello deriva la clara inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, en la interpretación que hace de aquella falta un vicio insubsanable: ni la levedad de los fines a que responde la comunicación previa justifica una eliminación del contenido propio y normal del derecho a la tutela judicial efectiva —conocimiento del fondo del asunto— y ni siquiera tal comunicación previa resulta estrictamente imprescindible para lograrlos. La exigencia de la comunicación previa, en términos de insubsanabilidad de su omisión, resultaría desproporcionada en relación con el contenido esencial del art. 24.1 CE y por tanto inconstitucional»*.

a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4»¹⁵.

¿Quiere ello decir que cuando la notificación no se realice de conformidad con el artículo 151.4, esto es, cuando no contenga todos sus extremos, no comienza a computarse el plazo para la interposición del recurso? En mi opinión no puede ser esta la interpretación que deba darse a la mención «de conformidad con», so pena de demora o alargamiento del plazo de forma indeterminada¹⁶ e indefinida en tanto no se cumplan los requisitos a que hace referencia el indicado artículo, lo que a mi entender resulta difícilmente conciliable con la finalidad del recurso y podría llevar a subvertir el sistema, despojándole de la eficacia¹⁷ requerida desde las Directivas de la Unión Europea, con la consecuencia añadida de que se permite que no coincida el plazo de interposición del recurso con el período suspensivo que ha establecido la Ley para asegurar su eficacia y que fue una de las exigencias de la Comisión Europea que determinó la modificación normativa en materia de contratación pública.

Considero, sin embargo, que cabe una interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la norma, que parte de que cuando la ley utiliza la expresión «de conformidad» lo hace simplemente para establecer una remisión normativa al precepto que regula la notificación de las resoluciones dictadas en el procedimiento, sin que se pretenda realizar una vinculación entre el contenido de las notificaciones y el plazo para la interposición del recurso.

Por otro lado, es cierto que la comunicación a los licitadores sobre la adjudicación y su motivación, ha de realizarse incluyendo plena información de las razones determinantes de la misma y en todo caso con el contenido que señala el artículo 151.4 del TRLCSP. Pero dicha comunicación no puede producirse ya expirado el plazo de suspensión anterior a la formalización del contrato, pues impediría que el recurso goce del requisito de eficacia antes de la perfección del contrato¹⁸. Si se admite que mientras no se facilite plena información a los licitadores permanece abierto el plazo de interposición del recurso, se está admitiendo implícitamente que el poder adjudicador incumpla tal obligación legal, sin que eso tenga otra consecuencia que la prórroga del plazo de impugnación y que la información se facilite o se obtenga por el recurrente incluso con posterioridad a la formalización lo que impediría —como venimos

¹⁵ *Vid.* Resoluciones n.º 132/2011, de 4 de mayo; 62/2012, de 29 de febrero; 25/2012, de 18 de enero, del TACRC; Resolución 5/2011, de 12 de julio, o Acuerdo 3/2011, de 7 de abril, del TACP de Aragón.

¹⁶ Una interpretación de la legislación nacional que admita la tramitación de un recurso que no goce del carácter de rápido no es compatible con las Directivas de recursos Apartado 75 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 12 de diciembre de 2002, dictada en el asunto C-470/99, *Universale-Bau AG*.

¹⁷ Apartados 123 y siguientes de la Sentencia TJUE de 9 de septiembre de 2010 en el asunto T387/08, *Evropaiki Dynamiki-Proigmena*.

¹⁸ STJCE de 23 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda*, C-455/08, Apartado 32. Apartados 108 y siguientes de la Sentencia TJUE de 9 de septiembre de 2010, en el asunto T387/08, *Evropaiki Dynamiki-Proigmena*. Apartado 134 de la Sentencia de 10 de septiembre de 2008, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*. Apartados 30 y siguientes de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 28 de enero de 2010, en el asunto C-406/08, *Uniplex*.

señalando— que el recuso que se plantee en ese momento del procedimiento sea eficaz.

Ahora bien, esta conclusión no significa que el interesado recurrente quede en situación de indefensión no pudiendo recurrir pasado el plazo de 15 días desde que se le comunicó la decisión objeto del recurso, al carecer de la motivación que le permitiría interponer un recurso fundado ya que cabe, interpretar que el cómputo ha de hacerse desde el día siguiente a aquel en que se remita la notificación de adjudicación a que se refiere el artículo 151.4 del TRLCSP. Una vez remitida la notificación por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, se pudo comprobar su adecuación a la Ley y en caso de considerar insuficiente la motivación facilitada respecto de la referida en el artículo 151.4, a la vista de la infracción legal, interponer el Recurso Especial fundado en la falta de motivación, solicitando que se practique nueva notificación con el contenido suficiente que permita, en su caso, la interposición de un recurso fundado contra la decisión de adjudicación, lo que a su vez da certidumbre a la fecha de inicio del plazo.

3.3.2. *Inadmisibilidad por tratarse de actos no recurribles*

En relación con esta causa de inadmisibilidad deben considerarse tanto los actos no contemplados en el artículo 40 del TRLCSP y los que les son equiparables, como aquellos que no alcancen los umbrales establecidos en los que opera el recurso especial. Dado que en el artículo publicado en el número 28 de la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid se hacía un estudio del ámbito objetivo del recurso, procede únicamente centrarse en el no alcance de los umbrales económicos previstos para cada tipo contractual, como causa de inadmisión del recurso.

El recurso administrativo en materia de contratación pública es un recurso especial, de manera que no cabe contra todos los actos que se dicten en relación con los contratos del sector público, sino que presenta un ámbito objeto de aplicación definido de forma positiva y negativa. Positivamente el artículo 40 del TRLCSP establece qué actos son susceptibles de recurso, si bien es cierto que no se trata de un elenco cerrado y cabe apreciar al caso concreto qué actos son recurribles y cuáles no.

Desde el punto de vista negativo, con carácter general no son recurribles los actos que se dicten en el seno de procedimientos para contratos que no alcancen los umbrales para el recurso, si bien junto con estos actos se han venido identificando otros, al caso concreto, respecto de los que se ha resuelto la inadmisibilidad del recurso.

Sólo están sujetos al ámbito de aplicación de la Ley los contratos de interés comunitario es decir aquellos que igualen o superen los umbrales establecidos en la legislación de contratos. Para ello el TRLCSP estableció una cuantía que opera como mínimo a partir de la cual corresponde a los Órganos competentes para el conocimiento del Recurso Especial su resolución Las cuantías referen-

ciadas son las vigentes a partir del 1 de enero de 2014, tras las modificaciones operadas por el Reglamento UE 1336/2013 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2013, recogido en la Orden HAP/2425/2013, de 23 de diciembre, y viene referidas al concepto valor estimado del contrato¹⁹.

La fijación del concepto de valor estimado del contrato a efectos de apreciar la admisibilidad o inadmisibilidad del Recurso Especial, en la práctica en un primer momento originó diversos problemas, siendo el principal la falta de determinación del mismo en algunos contratos. A este respecto conforme a lo indicado en el informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado *«El valor estimado del contrato debe figurar en el expediente de contratación a efectos de poder determinar si el contrato está o no sujeto a regulación armonizada y, en su caso, qué procedimiento de adjudicación debe seguirse. Sin embargo, la determinación del documento concreto en que dicho valor deba figurar no es función concreta de la Junta, pues, evidentemente, ante la falta de una disposición que lo establezca, basta con señalar que deberá figurar en alguno de los documentos que se incorporan al expediente de contratación, a fin de que se pueda proceder a la fiscalización previa y a la posterior aprobación del expediente (arts. 93 y 94 de la LCSP).»*

Por otro lado, en ocasiones el valor fijado no resultaba adecuado a la normativa comunitaria, ni estatal en materia de contratación. Así para determinar su concepto debe partirse del criterio de globalidad²⁰, con las precisiones que para cada tipo contractual recoge el artículo 88 del TRLCSP y con el límite previsto en su apartado 5, para los contratos de suministros o servicios, pero que entendemos debe operar como criterio general, al indicar que la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan.

Por otro lado el umbral para los contratos de gestión de servicios públicos viene fijado por un parámetro distinto, al del valor estimado, que es el de los gastos de primer establecimiento, cuando el artículo 40.1.c) señala que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años.

¹⁹ — 5.186.000 euros, para el recurso especial en relación con los contratos de obras y para la reclamación regulada en la Ley 31/2007, de sectores Especiales.

— 207.000 euros, para el recurso especial en relación con los contratos de servicios y suministros, y para la reclamación regulada en la Ley 31/2007.

Estas cuantías, cuando se trate de contratos del sector de la defensa y seguridad, (art. 5, Ley 24/2011) serán:

— Para los contratos de suministro y servicios, 414.000 euros.

— Para los contratos de obras, 5.186.000 euros.

²⁰ Sentencia del TJUE Auroux. C-220/05. 18-1-2007. que respecto de la determinación del valor estimado en los contratos señala «para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros».

Se trata este de un concepto ajeno a la Directiva 2004/18 y a las Directivas de recursos traspuestas por la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que el umbral para la delimitación de los contratos susceptibles de Recurso Especial en la legislación nacional, en este caso no se ha establecido utilizando parámetros de la normativa de la Unión Europea sino únicamente estatal. Se trata éste de un concepto de difícil precisión, existiendo distintas posturas doctrinales al respecto.

Debe partirse de la consideración de que se trata de un concepto que no encuentra una definición explícita en la legislación en materia de contratos públicos, se trata de un concepto ajeno que podría provenir del campo de la contabilidad. El concepto «gastos de primer establecimiento» no se puede identificar con el importe de la gestión del servicio o precio a pagar por la Administración por la gestión del servicio, sino que se trata de un concepto distinto, planteándose la duda de cómo acotarlo o definirlo.

Resulta de interés exponer las distintas opciones manejadas por los Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial en materia de contratación, así se ha manejado un concepto contable y otro no estrictamente de tal naturaleza.

Contablemente se consideran gastos de primer establecimiento los necesarios para que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquella o con motivo de ampliaciones de capacidad, según el ya derogado Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre (PGC). Se trata de una categoría recogida en el indicado PGC como un instrumento de fomento de la creación de empresas, en tanto tenía por objeto permitir que tales gastos no fueran directamente a la cuenta de resultados, computando como pérdida, lo que a la postre suponía su «activación». Si bien este tratamiento desaparece en el actual PGC en cuyo preámbulo se señala: *«Cabe también mencionar el nuevo tratamiento de los gastos de primer establecimiento, que deberán contabilizarse en la cuenta de pérdidas y ganancias como gastos del ejercicio en el que se incurran»*.

En cuanto a la aplicación del concepto contable, se podría aducir (*vid.* Resolución 6/2013, de 30 de enero de 2013 del Tribunal de Contratación Pública de Aragón) que se trata de una norma derogada, que no se encuentra recogida en el actual Plan General de Contabilidad, por lo que al concepto de gastos de primer establecimiento se refiere. Siendo esto último así, lo cierto es que no se trata de la aplicación directa de una norma, sino de su utilización a efectos interpretativos de un concepto carente de definición en el TRLCSP. Por lo tanto, considerando que durante el proceso de redacción de la LCSP, el antes indicado PGC sí estaba vigente, no puede descartarse que el legislador considerase la aplicación de dicho concepto contable.

El concepto contable de los gastos de primer establecimiento comprende, según el citado PGC 1990, aquéllos gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquella o con motivo de ampliaciones de su capacidad, de acuerdo con el punto 201 del PGC, 1990, añadiendo el punto 6.º de la parte quinta sobre «Normas de Valoración» que:

«b) Tendrán la consideración de gastos de primer establecimiento los siguientes: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal; etc., ocasionados con motivo del establecimiento.»

Este concepto se concreta en la consulta 3 del número 56/diciembre 2003 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía y Hacienda), que señala que los gastos de primer establecimiento son los originados por operaciones de naturaleza técnica y económica, previas al inicio de la actividad de la empresa o con motivo de ampliaciones de capacidad de la misma, necesarias para su normal funcionamiento y cuyo importe no podrá imputarse directa o indirectamente a la producción de bienes y servicios concretos, con las siguientes características:

- a) Deben referirse al período de desarrollo previo al inicio de la actividad.
- b) Deben ser necesarios para empezar la actividad productiva.
- c) Deben tener naturaleza técnico-económica.

En este punto es importante destacar que contablemente se habla de gastos (que no puedan imputarse directa o indirectamente a la producción de bienes y servicios concretos), no de inversiones.

Es cierto que estas normas son aplicables a las empresas, pero también lo es que se pueden utilizar para interpretar una disposición en materia de contratación pública, insistimos, no para su aplicación, de manera que *mutatis mutandi*, no existe obstáculo para considerar que serán gastos de primer establecimiento en un contrato de gestión de servicios públicos los precisos para el establecimiento *ex novo* del servicio o para que este inicie su actividad como consecuencia de una nueva licitación.

La tónica habitual en los contratos de gestión de servicios públicos es la de incluir la obligación para los licitadores de realizar ciertas adquisiciones de maquinaria o instalaciones, cuyos importes son los que normalmente se han tenido en cuenta tanto por los órganos de contratación, como por los Tribunales especiales, para cuantificar los gastos de primer establecimiento (*vid.* Res. TACPCM 40/2012, de 19 de abril; 49/2012, de 9 de mayo, o 147/2012, de 28 de noviembre). Sin embargo, debe señalarse, que estrictamente hablando el concepto gastos de primer establecimiento no incluye inversiones, sino sólo gastos como su propio nombre indica. Así aunque el TACPCM ha considerado aplicable el concepto contable en la práctica, lo ha hecho de forma impropia al considerar determinadas inversiones.

Por otro lado el Informe 7/2008 de 11 de junio, de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, se pronuncia de forma explícita sobre la cuestión concluyendo que «la LCSP emplea el concepto “gastos de primer establecimiento” en su sentido contable, siendo necesario acudir, caso a caso, a la normativa fiscal y contable para concretar su contenido».

Lo cierto es que de aceptarse esta conclusión, el umbral de la competencia de los Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial quedaría ciertamente reducido puesto que la cuantía de 500.000 euros en gastos (excluyendo inversiones) difícilmente se alcanzará.

Por ello cabe manejar un concepto no contable. Así la expresión gastos de primer establecimiento también aparece en otro instrumento normativo, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que en su artículo 129 señalaba: *«En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.»* Y en su artículo 126.2.b), *«La retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial.»*

Ambos preceptos contienen una referencia al establecimiento del servicio, pero no se refieren a gastos, sino a costes, con la importantísima repercusión de la inclusión entre ellos de las inversiones.

Aunque el término no es idéntico al utilizado en la LCSP cabe plantearse si el legislador utiliza la expresión «gastos de primer establecimiento» desde el punto de vista técnico-contable o si debe entenderse que pretendía referirse a «coste de establecimiento del servicio». Esta última es la conclusión a que llega el TACP de Aragón en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012²¹.

²¹ «Este Tribunal considera, sin embargo, que no puede equipararse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior (actualmente derogada), por varias razones. En primer lugar porque la normativa contable actual (vigente) no regula los gastos de primer establecimiento. De manera que no puede integrarse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento de la normativa contractual, apelando a una normativa contable derogada (...). En segundo lugar, porque si hubiese de acudirse a la normativa del Plan General de Contabilidad de 1990 (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, hoy derogado), como mantiene el Ayuntamiento, únicamente se considerarían gastos de primer establecimiento los gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal, etc., ocasionados con motivo del establecimiento. Tales gastos de establecimiento, que debían amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años (todo ello de acuerdo con la definición de la cuenta 201, en relación con la norma de valoración 6.^a), eran gastos intangibles, como se señala tanto en la legislación contable precedente y en la Norma Internacional de Contabilidad número 38 (NIC 38). En consecuencia, no se trataba, en ningún caso de gastos imprescindibles y absolutamente necesarios para iniciar una empresa: edificios, obras, maquinaria, etc. (que formarían parte del activo material). Por este motivo, estos gastos, tomados desde la perspectiva estrictamente contable, carecen de relevancia. De manera que, de aplicar tal concepto contable, nunca o casi nunca, se alcanzarían las cuantías a las que se refiere el TRLCSP, de donde resultaría que a los contratos de gestión de servicios públicos les estaría vedado el recurso especial (y, a contrario sensu, se podrían adjudicar prácticamente todos los contratos de gestión de servicios públicos por el procedimiento negociado, pues casi nunca alcanzarían esa cifra de 500 000 euros), y no parece que esa sea la voluntad del legislador. En

Una vez negada la aplicación del concepto contable de gastos de primer establecimiento, concluye que cabe deducir, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, está formado por todos aquellos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse como conceptos a incluir los siguientes gastos en obra de inversión que corran a cargo del contratista, gastos en instalaciones nuevas o de reposición existentes, inversión en maquinaria de todo tipo, etc. Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras.

Cabe por último plantearse si de la propia interpretación integradora del TRLCSP, puede extraerse un concepto de gastos de primer establecimiento, como sostiene el TCRC en su Resolución 43/2013, 23 de enero de 2013, que concluye *«Desde esta perspectiva, podría concluirse que cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo “presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros”, dicha expresión ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a results de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.»*

De esta forma considera un concepto de gastos de primer establecimiento autónomo comprensivo de gastos e inversiones que el adjudicatario deba asumir para la puesta en marcha del servicio. Se trata por tanto de un concepto, que comprende gastos e inversiones, vinculadas al establecimiento del servicio, por tanto aunque en la Resolución indicada se considera improcedente tanto la aplicación del criterio contable, como del sustentado por el Tribunal Arago-

tercer lugar, porque no es posible afirmar que el legislador de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, atendiese al concepto de gastos de primer establecimiento del Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, de manera que tal concepto se asentase sobre el concepto contable de gastos de primer establecimiento. Entre otras razones, porque el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento aparece, al menos ya, en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que establecía en su artículo 69, que los contratos de gestión de servicios se adjudicarían ordinariamente mediante concurso, pudiendo, no obstante, adjudicarse directamente cuando su presupuesto de gastos de primer establecimiento no se previera superior a 1.500.000 pesetas ni su plazo de duración fuera superior a dos años. De manera que puede afirmarse que el concepto legal, de presupuesto de gastos de primer establecimiento, nace bastante antes de que se hubiese dictado la primera disposición legal normalizadora de la contabilidad.

En cuarto lugar, y finalmente, porque si se admitiese que el TRLCSP alude al concepto contable de gastos de primer establecimiento tendríamos que concluir que el órgano de contratación no podría establecer, ni conocer su cuantía y alcance, pues dichos gastos son diferentes para cada licitador, en función de las circunstancias de cada empresa, de donde vendría a resultar que la posibilidad de recurso especial en los contratos de gestión de servicios públicos, la posibilidad de su adjudicación mediante procedimiento negociado, e incluso, la publicidad de su formalización, dependería de un dato incierto, aleatorio y ambiguo. Y, no es posible entender que el legislador anude consecuencias jurídicas de tanta relevancia a un concepto tan impreciso.»

nés, lo cierto es que a la postre termina aplicando un concepto similar a este último.

A la vista de lo anterior, puede considerarse que cuando la LCSP establece como umbral de la procedencia del Recurso Especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento o al concepto impropio de gastos que ha venido siendo utilizado por el TACPCM, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio.

Expuestas las tres posturas anteriormente indicadas, y concluyendo como más arriba se ha hecho que el presupuesto de gastos de primer establecimiento puede identificarse con el de costes de primer establecimiento, que incluiría gastos e inversiones, aún debe examinarse el alcance de la expresión inversiones precisas para la puesta en funcionamiento del servicio.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 132 del TRLSC para los contratos de gestión de servicio público, *«Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio»*, de manera que es preciso regular los aspectos de carácter económico del mismo, lo que exige un estudio económico que debe preceder necesariamente a su licitación y que ha de precisar las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable a los interesados. La expresión «presupuesto de gastos de primer establecimiento» se refiere al importe previsto en dicho documento.

Deben ser, por tanto, los costes de la puesta en marcha del servicio que se adjudica, reflejados en los estudios económicos preparatorios del contrato, los determinantes de que se alcance o no el umbral para la procedencia del Recurso Especial en materia de contratación, respecto de los actos que se dicten en relación con los contratos de gestión de servicios públicos.

Ahora bien, no todas las inversiones previstas, sino sólo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos ex novo, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio.

En este punto cobra relevancia el estudio económico previo a que nos referimos ya que habrá que estar a su contenido para dilucidar cuáles son esas inversiones. Desde luego pueden descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la

creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario. Pueden asimismo descartarse las inversiones derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio, durante la vigencia del contrato, dada la larga vida de este tipo de contratos normalmente.

No se han agotado, sin embargo, en este examen todos los elementos que podrían conformar el concepto gastos de primer establecimiento, puesto que resta una franja donde el carácter de las inversiones habrá de ser examinado al caso concreto, que es aquella que comprende las inversiones que deben realizarse durante el primer año de la explotación, aunque no se especifique que se trata de inversiones necesarias para la puesta en marcha del servicio. La falta de especificación no es obstáculo para que a la vista de los conceptos que integra y el carácter del servicio, el Órgano competente para resolver el Recurso Especial, aprecie si se encuentra o no ante una inversión de primer establecimiento, de acuerdo con las siguientes consideraciones.

No es infrecuente que en el caso de servicios que se prestan de forma continuada en el tiempo (recogida de residuos, gestión integral de centros, por ejemplo deportivos o culturales o limpiezas y mantenimiento integral de instalaciones o municipios), el servicio ya cuente con instalaciones, o bienes de equipo para su desarrollo, que se ponen a disposición del nuevo contrato de manera que, debe examinarse también el carácter de dichas inversiones, entendiendo que no constituye gastos de primer establecimiento el valor de los bienes cedidos, si bien el nuevo contratista deberá abonar los costes pendientes de amortización correspondientes a aquéllos, integrando este concepto el de gastos de primer establecimiento.

Respecto de las inversiones previstas durante la ejecución para el mantenimiento del servicio, no deben ser consideradas como costes de primer establecimiento, cabiendo más bien el concepto de inversiones de explotación del servicio.

En todo caso se trata de un concepto que debe ser examinado al caso concreto, desde la óptica de que se trate de inversiones necesarias para el establecimiento del servicio, debiendo entenderse como tal no sólo la prestación del servicio *ex novo* por la Administración de que se trate, sino que debe considerarse establecimiento del servicio el que resulte de cada nueva licitación realizada para la prestación de servicios preexistentes.

3.3.3. *Inadmisibilidad por cosa juzgada*

Aunque el efecto de cosa juzgada tiene su ámbito usual de aplicación en los procesos jurisdiccionales, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que este efecto también es susceptible de producirse en el ámbito del procedimiento administrativo cuando afirma que la resolución administrativa «*que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión*».

En el mismo sentido se pronuncia el Alto Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997, al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos *«de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a las sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva(o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)»*.

Este efecto de cosa juzgada se produce no sólo cuando se somete a los Órganos competentes para la resolución del Recurso Especial, el conocimiento de una cuestión en la que se dé la conocida identidad de sujeto, objeto y causa, sino también en aquellos supuestos en que dicha cuestión se ha sometido al conocimiento de otro órgano que resuelve a pesar del carácter exclusivo del mismo. Y ello porque el Tribunal carece de competencia para declarar la nulidad de las resoluciones dictadas por otros órganos administrativos, distintas de las contempladas en el artículo 40 o asimilables, luego al tratarse de una cuestión resuelta, se produce el meritado efecto de cosa juzgada, sin perjuicio de su anulación en la forma que legalmente proceda y por el órgano competente para ello.

3.3.4. *Inadmisibilidad por falta de legitimación activa*

La legitimación activa necesaria para la interposición del recurso, también ha experimentado una variación en cuanto a su redacción, en la modificación operada en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, ya que en el artículo 37.3 de aquélla se hacía una referencia específica a los licitadores como legitimados, referencia que ha desaparecido el actual artículo 42 del TRLCSP: *«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso»*.

Conforme a las Directivas de recursos (art. 1.3 Directiva 89/665/CEE), debe reconocerse legitimación para interponer el Recurso Especial *«como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una presunta infracción»*. Como vemos en este punto el derecho nacional excede del concepto de legitimación que ofrecen como un mínimo las Directivas comunitarias de recursos, por lo tanto los supuestos que exceden de la protección de las Directivas deben lógicamente interpretarse conforme al Derecho nacional.

Cabe aplicar también en el ámbito del Recurso Especial la distinción clásica en derecho procesal entre legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam*, entendiendo por la primera, la capacidad de ejercicio del derecho exigida a las personas para poder ejercitar por sí mismos sus derechos y obligaciones en el campo del Derecho Procesal, dicho en otras palabras la capacidad jurídico-

procesal de ejercicio de los sujetos particulares del proceso; y por la segunda, la que tiene la parte material, y que está íntimamente vinculada con la capacidad de goce del derecho material objeto del recurso.

La legitimación *ad causam*, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010, de 18 de octubre: «*Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F 3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F 3, y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).*»

Cabe examinar algunos supuestos específicos en relación con cierto tipo de recurrentes a efectos de plantear la admisibilidad de los recursos planteados por los mismos, como es el caso de legitimación de usuarios, Concejales o Grupos Políticos, Sindicatos y Organizaciones empresariales o profesionales.

Con carácter general respecto de los usuarios y las asociaciones en que puedan agruparse cabe señalar que, sin perjuicio de la legitimación genérica *ad procesum* que puedan ostentar, debe considerarse que el artículo 42 del TRLC-SP permite en principio recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, como podría ser el caso de los usuarios, pero también lo es que en la acción ejercitada debe estar presente tal interés, que en el caso de los usuarios de un servicio público, debe residir en los distintos as-

pectos de la prestación de tal servicio, (calidad, suficiencia, gratuidad o copago, etc.). Así resulta cuando menos cuestionable, que los usuarios de los servicios públicos se encuentren legitimados para plantear tanto la cuestión de nulidad, como el Recurso Especial en materia de contratación, de forma genérica y abstracta, invocando únicamente su condición de usuarios y sin acreditar que de la estimación o desestimación de sus pretensiones se derivaría un beneficio o perjuicio concreto para ellos. Tal acreditación exigiría como mínimo la determinación de aquéllos aspectos objeto de impugnación que incidirían directamente en la calidad del servicio, sin que a tal efecto puedan considerarse aquellas alegaciones relativas a la vulneración de los principios de la contratación pública, respecto de las que se encontrarían legitimados los licitadores y aspirantes a serlo, o colectivos que les agrupen o representen únicamente. Lo contrario equivaldría a establecer una suerte de acción pública en relación con la contratación administrativa en salvaguarda de los principios que la presiden, que no parece haber sido la voluntad del legislador al establecer un concepto amplio de legitimación.

Más compleja resulta la cuestión cuando los recurrentes son miembros de las Corporaciones Municipales como los Concejales o los Grupos Municipales, ya que hay algunas posiciones que les niegan de entrada legitimación *ad procesum*.

Así algún sector de la doctrina²², considera que no existe ningún privilegio a favor del Concejal en orden a apreciar la legitimación para impugnar los actos de las Corporaciones a las que pertenecen, de manera que aplicando el artículo 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, «*No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente*», no cabe considerar legitimados *ad procesum* a los Concejales o grupos en que se integran, al no existir en este caso la autorización expresa exigida, por ley, puesto que el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), no resulta de aplicación al procedimiento de contratos²³.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, «*existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de*

²² Dra. SILVIA DÍAZ SASTRE Ponencias del Congreso sobre «Nuevos retos de la contratación pública», Cuenca, 5 de febrero de 2013.

²³ Artículo 63 LBRL «*Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: (...) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.*»

una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto —inclusive puede hablarse de una obligación— de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local. Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general —y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los arts. 20.a) LJCA y 63.1.b) LBRL. «Que el concejal, por su condición de miembro —no de órgano— del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido «mediante sufragio universal, libre, directo y secreto» de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación.»

Este es el criterio seguido por la generalidad de los Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial en materia de contratación, de manera que, sin negar *ab initio* legitimación *ad procesum* a los Concejales, debe examinarse la presencia de la legitimación *ad causam*, siempre con el límite de la defensa genérica de la legalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que se produciría en caso contrario una especie de división de la causa, en tanto en cuanto dichos Concejales como miembros de la Corporación local, sí que podrían impugnar los actos dictados por sus Corporaciones en materia de contratación ante la jurisdicción contencioso administrativa, que como decimos, se configura como alternativa al Recurso Especial.

Cuestión íntimamente vinculada con la anterior es la de si los Grupos municipales como tales, ostentan legitimación *ad procesum* con carácter general. El concepto de grupo político en las Corporaciones Locales debe partir necesariamente de su configuración legal. En tal sentido, el artículo 73 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) establece en su apartado tercero, redactado por el apartado 1 del artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LMMGL), que «A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos», precepto del que no se desprende que tales agrupaciones ostenten personalidad jurídica *ex lege*.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1985, de 6 de marzo, señala en su Fundamento Jurídico tercero que los Grupos Políticos carecen de personalidad jurídica, al indicar que «(...) *Antes de adentrarnos en esa consideración, parece necesario precisar que tales derechos los ostentan sólo las personas físicas o jurídicas, no los grupos políticos carentes de personalidad, como son las fracciones políticas presentes en un órgano colegiado, y que, en consecuencia, la minoría de uno de tales órganos no puede, en cuanto tal, invocar su infracción, ni acudir para remediarla ante la jurisdicción ordinaria y en consecuencia tampoco ante nosotros en la vía del amparo.*»

La postura más aceptada por la jurisprudencia es que la legitimación para impugnar en la vía judicial la tienen los Concejales a título individual y no el Grupo al que pertenecen, en razón a que dichos grupos ostentan personalidad jurídica en la actividad «interna corporis» de la Entidad Local pero no para una actividad externa como la procesal. Así lo expresan Sentencias como la de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de abril de 2010 (Recurso núm. 103/2008), que se refiere a la doctrina general del Tribunal Supremo marcada por la Sentencia de 7 de febrero de 2007 (Recurso núm. 2946/2003) y otras anteriores. Esta última Sentencia señala que «*No cabe duda de que, como ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en sus Sentencias de fechas 16 de mayo de 1994 (recurso de casación 627/1993) (RJ 1994, 3515) y 16 de diciembre de 1999 (recurso de casación 3333/1994) la función de los Grupos Municipales es estrictamente corporativa y se desarrolla en el ámbito interno, sin que puedan sustituir a los Concejales, que los integran, en el ejercicio de sus facultades, entre las que está la emisión del voto y el ejercicio de acciones frente al acuerdo municipal del que expresamente hubiesen discrepado, de manera que el Concejale de un Grupo Municipal, que personalmente hubiese aceptado un acuerdo, no está legitimado para impugnarlo aun cuando el resto o la mayoría del Grupo hubiesen emitido su voto en contra, y, a la inversa, es decir, que, aunque el resto o la mayoría del Grupo de los Concejales del Grupo hubiese contribuido a la adopción del acuerdo, el disidente está legitimado «ex» artículo 63.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local para deducir contra él el oportuno recurso Contencioso-Administrativo.*»

De manera que se reconoce al Grupo Municipal legitimación para sostener acciones judiciales sólo si todos y cada uno de sus miembros votaron en contra del acuerdo recurrido y expresaron su decisión de recurrirlo en vía contencioso administrativa, al comprender dentro de la legitimidad procesal contemplada en el precepto del artículo 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local, tanto a los miembros individuales disidentes del Acuerdo, como el Grupo Municipal, como tal, integrado por tales Concejales contrarios al Acuerdo, cuando consta la conformidad de todos ellos para la interposición del recurso, porque como se argumenta «*debe considerarse al Grupo Municipal demandante legitimado para sostener las referidas acciones, porque si cada uno de los Concejales, que forman el Grupo, está legitimado para impugnar esos acuerdos al haber votado en contra de ellos y expresado su decisión de recurrirlos en vía Contencioso-Administrativa, no cabe negar legitimación al Grupo Municipal, en que legalmente se integran, para*

sostener la acción que todos y cada uno de sus miembros desea ejercitar, razón por la que la aducida causa de inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo por falta de legitimación del demandante debe ser también rechazada» (STS de 24 de Julio de 1995 Recurso n.º 2860/1992).

En cuanto a la legitimación de los Sindicatos y Organizaciones representativas de los intereses de los asociados, como los Colegios Profesionales, debe reconocerse dicha legitimación cuando el recurso se fundamenta en la defensa de los intereses de las personas que forman su ámbito de actuación (trabajadores y colegiados). Lo mismo cabe señalar respecto de personas jurídicas creadas en defensa de los intereses de empresarios, como son las Federaciones o Asociaciones de empresas de determinado sector.

En los casos en que el recurso se interponga por este tipo de entidades, además de los requisitos de legitimación relativos al objeto del recurso, se exige la aportación de los acuerdos para la interposición del recurso, adoptados por los órganos que conforme a sus normas de creación y funcionamiento, autoricen el ejercicio de acciones, so pena de inadmisibilidad del recurso.

Esta exigencia deriva de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 45 de la LJCA²⁴, si bien el artículo 32 de la LRJ-PAC, aplicable por disposición expresa del artículo 46 del TRLCSP, no contiene una referencia expresa a tal efecto. Sin embargo, de ello no puede deducirse la inexigibilidad de tales acuerdos en el ámbito del Recurso Especial, cuyas resoluciones como veremos son ejecutivas y únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa, resultando tal exigencia una garantía teniendo en cuenta la existencia de intereses en conflicto normalmente en este tipo de entidades.

Legitimación de las Uniones Temporales de Empresarios (UTES). No es obstáculo para admitir la legitimación activa de los recurrentes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación con el compromiso de constituir una UTE o formaran parte de una ya constituida. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer el recurso.

Además las Uniones Temporales de Empresas carecen de personalidad jurídica, de manera que actúan como una suerte de comunidad de intereses de cara a la licitación pública, por lo que, en principio, cualquiera de sus integrantes podría accionar de forma individual para la defensa de sus intereses.

A ello debe sumarse que de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo 2008, RJ 2008\5040, cabría ejercitar cualquier tipo de acciones

²⁴ Al escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se acompañará d) «*El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado*».

en beneficio de la comunidad y sin oposición de sus miembros, cuando señala al respecto *«abordando así tan sólo la estricta cuestión sobre la que se pronunció aquella Sala, nuestra jurisprudencia, tanto la dictada en interpretación del artículo 394 del Código Civil (LEG 1889, 27), en la que cabe ver la afirmación constante de que cualquiera de los partícipes puede actuar en juicio cuando lo haga en beneficio de la comunidad y sin oposición de los restantes, como la recaída en asuntos que guardan similitud con el ahora enjuiciado, de la que son muestra, entre otras, las recientes sentencias de fechas 28 de febrero de 2005 (RJ 2005, 3453) (recurso de casación número 161 de 2002), 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 8471) (recurso de casación 410 de 2004) y 13 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2570) (recurso de casación 7406 de 2004), conduce a reconocer la legitimación activa que se niega en la sentencia recurrida y, por tanto, a estimar el primero de los motivos de casación que se formulan contra ella. La rotundidad y claridad de la jurisprudencia que acabamos de citar excusa de mayores argumentos; y más aún si la unimos a una doctrina constitucional igual de reiterada y conocida que reclama una interpretación de las normas procesales que regulan las causas de inadmisibilidad que, en lo posible, sea proclive a la mayor efectividad del derecho fundamental a la obtención de tutela judicial y que huya, así o por ello, de toda apreciación de las mismas que pueda calificarse de rigorista, o de excesivamente formalista, o que implique una clara desproporción entre los fines que esas causas preservan y los intereses que sacrifican»*.

De esta forma cuando uno de los miembros de una UTE interpone recurso en solitario, no cabe negarle legitimación, dado que en principio actúa para obtener un beneficio propio, cuyas consecuencias alcanzarían al resto de los miembros de la misma, sin perjuicio de que en su condición de interesados lógicamente debe darse audiencia al miembro no recurrente, para que en su caso, pueda oponerse al ejercicio de la acción, por los motivos que considere convenientes.

3.4. Pérdida sobrevenida del objeto del recurso

Como más arriba señalábamos no se produce en el ámbito del Recurso Administrativo Especial la figura del allanamiento de carácter típicamente procesal, pero sí es posible que, a la vista del recurso, el Órgano de contratación asuma las pretensiones hechas valer en el mismo. La asunción de tales pretensiones, con independencia de lo manifestado en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP requiere, para producir el efecto de terminación del procedimiento por pérdida sobrevenida del objeto, una actividad por parte del Órgano de contratación o en su caso de la Mesa de contratación, materializando la satisfacción de la pretensión ejercitada. De manera que para poder dictar una Resolución dando por finalizado el procedimiento por esta causa, no es suficiente con que en sus alegaciones el órgano de contratación se aquiete a las pretensiones ejercitadas, sino que debe adoptar el acto necesario cualquiera que sea éste que dé cumplimiento a lo solicitado en el recurso.

IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA RESOLUCIÓN

Son varios los aspectos a destacar del tratamiento que la Ley da a las resoluciones de los Órganos encargados de resolver el Recurso Especial, en primer lugar su carácter ejecutivo, en segundo lugar que deben estar presididas por el principio de congruencia —que exige resolver todas las cuestiones planteadas en el recurso y absteniéndose de hacerlo respecto de las que no lo hubieran sido— y en tercer lugar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del TRLCSP, contra las mismas sólo cabe interponer recurso contencioso-administrativo, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra *k*) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Vamos, pues, a detenernos en el examen de cada una de tales características.

4.1. Carácter ejecutivo

De acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 del TRLCSP, sin perjuicio de la posibilidad de interposición del correspondiente recurso contencioso administrativo, la resolución será inmediatamente ejecutiva, resultando de aplicación entonces teóricamente lo dispuesto en el Capítulo V, del Título VI de la LRJ-PAC, (arts. 93 y siguientes relativos a la ejecución forzosa de las resoluciones). Se da así cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 2.9 de la Directiva 1989/665/CEE, de 21 diciembre, de recursos, sobre los efectos jurídicos vinculantes que deben tener, por los medios que estipule cada Estado miembro, las decisiones de los órganos encargados de la resolución del Recurso Especial.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el destinatario de las Resoluciones dictadas en el Recurso Especial, sin perjuicio de que afecten por supuesto al recurrente y al resto de interesados en el procedimiento es el propio Órgano de contratación que, al tener el recurso carácter revisor de los actos administrativos que se dicten en el procedimiento de contratación, vendrá en su caso obligado a cumplir la resolución en sus términos, no siendo de aplicación a otras Administraciones Públicas o entidades de derecho público lo dispuesto en los artículo 93 y ss. de la LRJ-PAC, que en todo caso se refiere a «particulares», o «administrados».

Se plantea, entonces, qué mecanismos quedan al recurrente, para hacer valer una resolución no ejecutada por el Órgano de contratación. En este caso al igual que ocurre con las resoluciones de los Tribunales Económico Administrativos, sólo cabe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa instando la ejecución de la resolución del Órgano encargado de resolver el Recurso Especial, sin que los órganos de dicha jurisdicción en tal caso puedan pronunciarse más que sobre la ejecución o no de tales resoluciones, y sin que aquél tenga

mecanismo alguno para hacer valer su resolución e instar a su ejecución. De hecho a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el caso de los órganos consultivos, no se ha previsto que los órganos administrativos o poderes adjudicadores afectados por la resolución den cuenta del cumplimiento de las mismas.

Este carácter ejecutivo tiene también otro efecto y es que no es preciso articular ningún mecanismo para anular las disposiciones adoptadas en un procedimiento de contratación (singularmente revisión de oficio o declaración de lesividad) ante la existencia de una Resolución del Tribunal.

4.2. Carácter de congruente

El artículo 47.2 del TRLCSP contiene la exigencia expresa de congruencia para las resoluciones que dicten los Órganos encargados de la resolución del Recurso Administrativo Especial en materia de contratación. Así señala que *«La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.»*

La definición de congruencia podemos encontrarla entre otras muchas en La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 532/2008, de 5 junio, RJ 2008\3200 *«Es numerosa la jurisprudencia de esta Sala que se ha pronunciado para determinar qué ha de entenderse por congruencia, siendo reseñable la reciente Sentencia de 19 de noviembre de 2007 (Recurso 4394/2000 [RJ 2007, 8117]), con cita de otras tantas, que establece que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre los pedimentos de las partes oportuna y convenientemente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 30 de noviembre [RJ 2006, 8154]; 12 [RJ 2006, 8240], y 18 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 9169]; 28 de febrero [RJ 2007, 1512]; 16 de marzo [RJ 2007, 1671], y 16 de mayo de 2007 [RJ 2007, 3555], entre las más recientes) y forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución [RCL 1978, 2836]), como ha señalado la jurisprudencia constitucional (SSTC 54/1985, de 18 de abril [RTC 1985, 54]; 242/1988, de 19 de diciembre RTC 1988, 242]; etc.), pero no implica «un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la sentencia con las alegaciones o fundamentaciones de las partes « (SSTC 67/1993, de 1 de marzo [RTC 1993, 67]; 171/2003, de 27 de mayo; SSTS 6 y 23 de octubre de 1986, 24 de junio de 1989 entre muchas otras). La incongruencia adquiere relevancia constitucional, infringiendo no sólo los preceptos procesales (como los arts. 359 y 379 LECiv 1881 [LEG 1881, 1]) sino también el artícu-*

lo 24 CE (RCL 1978, 2836) cuando afecta al principio de contradicción mediante una modificación sustancial de los términos del debate procesal que se traduce en indefensión de las partes que, por no haber podido prever el alcance y el sentido de la controversia, se ven en la imposibilidad de alegar o actuar en apoyo de sus derechos o intereses (SSTC 34/1985, de 7 de marzo [RTC 1985, 34]; 29/1987, de 6 de marzo [RTC 1987, 29]; etc.)», sin que pueda confundirse la incongruencia con falta de motivación (Sentencia de 13 de diciembre de 2007 [Recurso 4574/2000 (RJ 2007, 8928)]) y partiendo de la base de que las sentencias absolutorias de las pretensiones de las partes —como es el caso— nunca son incongruentes, salvo que obedezcan a una variación de la causa petendi o cuando hayan acogido una excepción no alegada salvo que se haya procedido de oficio (Sentencia de 17 de diciembre de 2007 [Recurso 4804/2000 (RJ 2007, 8935)]).

Podemos citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 1999: «La congruencia es un concepto jurídico procesal por el que el juzgador queda obligado a decidir todas las pretensiones deducidas en el pleito. La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo precisa, con insistencia, que el principio de congruencia en la jurisdicción contencioso-administrativa es más riguroso que en la jurisdicción civil, porque en ésta la congruencia debe ceñirse a la demanda y demás pretensiones deducidas en el pleito (art. 359 LECiv) y en aquélla hay que tener en cuenta los motivos que sirven de fundamento a la pretensión o a la oposición del demandado (SSTS, Sala Tercera, entre otra de 9 de abril de 1987 [RJ 1987\2294], 22 de diciembre de 1989 [RJ 1989\8983] y 15 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9890]). Por ello, en la Sentencia de fecha 13 de julio de 1998, se hicieron las siguientes consideraciones: el art. 43.1 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1956\1890 y NDL 18435) dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro de las pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición: por ello, el artículo 80 de la Ley Jurisdiccional manda que la sentencia decida todas las cuestiones controvertidas en el proceso. Es evidente que dichos preceptos legales exigen que las sentencias que se dicten sean respetuosas con el principio de congruencia, que es principio ligado al derecho de defensa (SSTC 5/1986 [RTC 1986\5] y 75/1988 [RTC 1988\75]). El principio de congruencia mira directamente a que entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia exista el debido ajuste o adecuación (SSTS, entre otras, de 13 de junio de 1981, 15 de septiembre de 1986 [RJ 1986\4759], 14 de mayo de 1988 [RJ 1988\2668] y 19 de noviembre de 1994 [RJ 1994\8610]), por lo que el juzgador debe resolver dentro de los límites de las pretensiones de las partes, sin alterar el marco general de las cuestiones planteadas (SSTS, entre otras, de 27 de junio de 1988 [RJ 1988\4790] y 27 de marzo de 1990 [RJ 1990\5412]), y que en las sentencias se decidan todos los pedimentos (STS 29 de septiembre de 1988 [RJ 1988\6831]).»

Es decir, que las resoluciones del Órgano encargado de resolver el Recurso Especial pueden únicamente entrar a conocer de aquellas pretensiones o peticiones planteadas por los recurrentes, pero no respecto de otras no planteadas, sin perjuicio de que la resolución sobre dichas pretensiones pueda fundamentarse en argumentos jurídicos distintos de los planteados por las recurrentes,

argumentos que por supuesto deben ser examinados aunque sea para no tenerlos en cuenta.

En este sentido no es infrecuente que habiéndose planteado un recurso contra un acto de adjudicación o de valoración del procedimiento de contratación, se aprecie que el defecto aducido respecto del acto impugnado proviene de un acto anterior, fundamentalmente de los pliegos. En tales casos en virtud del principio de congruencia que estamos examinando, el Tribunal aun apreciando la no adecuación a derecho de un acto no impugnado no se pronuncia sobre la misma. Es el caso claro de los pliegos que no habiendo sido impugnados son la causa de la anulabilidad de un acto. En este caso además de la indicada incongruencia además nos encontraríamos ante un acto consentido, para el supuesto de que se intentaran hacer valer cuestiones relativas a los pliegos en un momento en que hubiera pasado el plazo para la interposición del recurso contra los mismos.

Así en la Resolución 23/2011, de 22 de junio o en la Resolución 80/2011, de 23 de noviembre, del TACPCM se afirma que *«Esto, no obstante, dado que los Pliegos y en concreto el PCAP, no han sido impugnados, debe considerarse que se trata de actos consentidos a cuya observancia deben sujetarse los licitadores y sobre cuya validez no puede pronunciarse este Tribunal en virtud del principio de congruencia, al no observarse la presencia de vicios determinantes de la nulidad radical del PCAP.»* En el mismo sentido puede citarse la Resolución 181, de 30 de octubre de 2013.

Otra cuestión que se plantea en relación con el principio de congruencia es la de la posibilidad de entrar en cuestiones no invocadas por las recurrentes a efectos de determinar la propia competencia del Tribunal. Es cierto que las resoluciones de los Tribunales de Contratación deben respetar el principio de congruencia y no resolver cuestiones que no se han planteado en el recurso, ahora bien se ha venido considerando que las cuestiones atinentes a la propia competencia del Tribunal son cuestiones que se pueden denominar de orden público y por tanto ser conocidas de oficio por los mismos, siempre que en el expediente haya datos suficientes para ello, por eso el TACPCM en diversas ocasiones ha corregido el valor determinado en el anuncio de convocatoria, como valor estimado del contrato, o lo ha fijado *ex novo*, cuando no estaba recogido más que el importe de licitación (*vid.* Res 26 /2012 de 29 de febrero).

Todo ello con una salvedad, atinente a la calificación de los contratos, y es que los umbrales para recurrir son distintos según el tipo de contrato, lo que determina especialmente en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos que en función de la calificación que se dé a cada contrato, el Tribunal tenga o no competencias para resolver de los recursos que se plantean en relación con el mismo. Debiendo señalar, además, que el deslinde entre determinados tipos contractuales no es sencillo. Así el TCPCM junto con el Andaluz y el de Cataluña vienen considerando que la calificación contractual excede del ámbito en que se desenvuelve el Tribunal para determinar su competencia, mientras que el Tribunal Central y el de Aragón entienden que considerando que las instituciones jurídicas, son lo que son con independencia del *nomen*

iuris, cabe a los Tribunales fijar en sus resoluciones el tipo contractual ante el que nos encontramos para entrar a conocer del recurso.

Ello a mi juicio tiene una dificultad importante en el caso de que el acto impugnado no sean los pliegos y es que la Resolución que se dicte cambiando la calificación del contrato no entrará a alterar el régimen jurídico del mismo, con lo que se daría la paradoja y la dificultad para el órgano de contratación de contar con una resolución ejecutiva —no se olvide— que cambia la calificación de un contrato pero con una tramitación —no anulada— correspondiente a otro y con la duda relativa al régimen de ejecución a aplicar al contrato, de que se trate.

Por último, el TACPCM viene manejando una excepción al principio de congruencia cuando aparecen en el procedimiento actos nulos de pleno derecho, que determinan la forma e incluso la posibilidad de ejecutar las propias resoluciones del mismo. Así podemos citar la Resolución 1/2013, de 10 de enero, en que se había producido una modificación de los pliegos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que determinaba su nulidad de pleno derecho y por consiguiente la anulación de la valoración efectuada conforme a los mismos.

4.3. Carácter no recurrible en vía administrativa

El artículo 49 del TRLCSP determina que «*contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*». Se trata por tanto de un recurso cuya resolución es definitiva en vía administrativa, esto es que causa estado, y contra la que únicamente cabe recurrir acudiendo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La dicción literal de tal precepto es taxativa no distinguiendo entre recursos ordinarios ni extraordinarios, de manera que aplicando el aforismo «*ubi lex non distinguit*», no cabría sino concluir que la Ley de Contratos del Sector Público, no permite la interposición de recurso alguno contra las decisiones de los Órganos encargados de resolver el Recurso Especial en materia de contratación, no existiendo laguna ni margen para la interpretación, a mi juicio, que permita la aplicación subsidiaria de la LRJ-PAC.

Esta conclusión es acorde con el espíritu y finalidad de la LCSP, tras la reforma operada en ella por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. Efectivamente tal y como se establece en la exposición de motivos de la indicada norma «*es*

fundamental establecer un procedimiento de trámites ágiles en que la decisión resolutoria pueda adoptarse en el tiempo más breve posible sin dejar de atender a la garantía de los derechos de los interesados», respecto de lo que la sumisión de las resoluciones de los Órganos encargados de resolver los Recursos Especiales en materia de contratación a los recursos establecidos en la LRJ-PAC, podría suponer un obstáculo.

No obstante lo anterior, cabe plantearse si el TRLCSP permite algún tipo de revisión de las resoluciones ejecutivas del Tribunal, siendo la razón de tal planteamiento, el fundamento de justicia material que debe presidir las resoluciones de todo órgano con funciones decisoras, que pugna contra el mantenimiento de una resolución que se revela en su caso como injusta y no ajustada a derecho por mor de un simple error material.

El 49.1 de la LCSP dispone que *«No procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta Ley y en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311...»*, descartando explícitamente la procedencia de la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de la propia Ley de Contratos y en el capítulo I, del título VII de la LRJ-PAC.

El título VII de la LRJ-PAC que lleva por título «de la revisión de los actos en vía administrativa», incluye la «revisión de oficio» en su capítulo primero, que a su vez contempla «Revisión de actos y disposiciones nulos» (art. 102), «declaración de lesividad de actos anulables» (art. 103), «Suspensión» (art. 104), «Revocación de actos y rectificación de errores» (art. 105) y «Límites a la revisión» (art. 106).

Debe considerarse cuál debe ser el alcance que haya de darse la prohibición la revisión de oficio, desde el punto de vista sistemático, puesto que cabe plantearse si cuando la Ley prohíbe la revisión de oficio contra las resoluciones de los Órganos resolutorios del Recurso Especial, tal prohibición abarca también la revocación y la rectificación de errores contemplada en el artículo 105. Si bien es cierto que la revocación puede considerarse como una especie del término genérico revisión, entendida como la retirada del mundo jurídico por parte de la Administración de uno de sus actos, no lo es menos que ambas presentan caracteres que las hacen sustancialmente diferentes, como son la necesidad de que la revisión de oficio *stricto sensu* obedezca a causas tasadas, que el órgano consultivo competente deba emitir dictamen o el establecimiento de un plazo para dictar resolución expresa, así como la posibilidad de suspensión del procedimiento de revisión establecida en el artículo 104 de la LRJ-PAC.

Considero que la mención que realiza el artículo 49.2 de la LCSP a la revisión de oficio del capítulo I, de Título VII de la LRJ-PAC, no debería ser comprensiva de la rectificación material de errores, permitiendo que en el caso de que tales errores se produjeran, fuera posible su corrección de forma ágil, sin abocar al perjudicado a acudir al recurso contencioso administrativo, siempre que se dieran los requisitos previstos en el artículo 105 de la LRJ-PAC. De hecho en varias ocasiones el TCAP ha procedido a corregir los errores materiales padecidos cuando no afectan al sentido de la resolución.

Otra interpretación que puede darse a la prohibición de revisión de los actos dictados por el Órgano encargado de resolver los Recursos Especiales, se ofrece durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley. En concreto el artículo 319 de la LCSP propuesto en el proyecto de Ley publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 79-1, de 21 de mayo de 2010, no contenía mención alguna a la interdicción de revisión de las resoluciones dictadas en el Recurso Especial, siendo del siguiente tenor literal: «*Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 11, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 10, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*».

A la redacción de este precepto se presentó la enmienda núm. 24 por el Grupo Parlamentario Socialista, que sustentaba al Gobierno proponente, en la que se propone la adición al artículo 319, apartado 1 con el siguiente contenido: «*Artículo 319. Efectos de la resolución No procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta Ley y en el Capítulo 1 del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.*» Con la siguiente justificación «*La independencia de los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación es incompatible con la posibilidad de que sus resoluciones sean revisadas o fiscalizadas en vía administrativa*».

Desde esta óptica, que incide en la interpretación auténtica de las leyes, es claro que nada obsta la revocación de la resolución recurrida en tanto en cuanto, es el propio Tribunal y no un órgano ajeno al mismo, el que procedería en el ejercicio de sus funciones, con independencia y objetividad, a revocar la resolución dictada, como una manifestación más —junto con la revisión de oficio de los actos nulos y anulables— de la facultad que la Ley atribuye a la Administración de retirar del mundo jurídico sus propios actos, en salvaguarda del principio de legalidad, y con los límites que dicho precepto establece en garantía del principio de seguridad jurídica.

Esta previsión se entiende porque de acuerdo con lo establecido en la DA 16, Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y en el ámbito de la Comunidad de Madrid en el artículo 53.4 de su Ley 1/83, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración, (LGACM) la declaración revocatoria la hace el órgano jerárquicamente superior al que dictó el acto de que se trate, lo que podría comprometer la independencia de los Órganos de resolución del recurso, al poder revocar aquellos de quienes depende la resolución dictada. Así el artículo 53.4.b) de la LGACM señala «*Serán competentes para resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos administrativos nulos, declarar la lesividad de los anulables, y revocar los de gravamen o desfavorables, b) los Consejeros respecto de sus propios actos y de los dictados por los órganos de ellos dependientes*». En el Estado se indica que los Ministros serán competentes para resolver tales recursos res-

pecto de los actos de los Secretarios de Estado y de los dictados por los órganos directivos de su departamento no dependientes de una Secretaría de Estado, siendo el Secretario de Estado competente para conocer de los recursos contra los actos dictados por los órganos directivos dependientes de los mismos.

Esta previsión, sin embargo, no debería ser un obstáculo para permitir la revocación de los actos dictados por los Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial en materia de contratación puesto que, dichos Órganos, son independientes funcionalmente de aquel al que se adscriben. Por ello puede afirmarse que los mismos carecen de superior jerárquico, y por más que esté adscrito a la Consejería o Ministerio competente en materia de contratación, el mismo nunca podría revocar sus resoluciones.

Por su parte el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 661/2011, de 30 de noviembre, señalaba que cabe la aplicación supletoria de la LRJ-PAC en materia de contratación administrativa, entendida como método de integración normativa dirigido a cubrir las lagunas de que pueda adolecer el ordenamiento en materia contractual y añade que como ya señaló la Sentencia de 31 de mayo de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional *«La Ley 30/1992 es supletoria para regular lo que no lo esté en la normativa de aplicación al concreto procedimiento administrativo»*. Lo que plantea la necesidad de acudir en primera instancia a la regulación contractual y sólo a posteriori ante el silencio de ésta a la ordenación administrativa, invocando su criterio sobre la aplicación supletoria de la LRJ-PAC en materia de caducidad del procedimiento de resolución contractual, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada en sus Sentencias de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008, en la que el Tribunal da por sentada la aplicación supletoria de la LRJ-PAC, en contra del criterio mantenido por el Consejo de Estado y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, planteándose únicamente el concreto precepto a aplicar supletoriamente en razón de la forma de iniciación del procedimiento correspondiente.

El Consejo entiende que ante el silencio que guarda la LCSP sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión contra la resolución del Recurso Especial en materia de contratación, debe entrar en juego la aplicación supletoria de la LRJ-PAC, en cuanto normativa general en la materia, que debe cubrir las lagunas de que pueda adolecer la normativa contractual.

Para el citado órgano consultivo, conceptuado de esta manera el recurso extraordinario de revisión en la LRJ-PAC, como un recurso contra actos firmes en vía administrativa (art. 118 de la LRJ-PAC) y configurada la resolución de un recurso especial en materia de contratación dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, como acto que pone fin a la vía administrativa (art. 3.4 de la Ley autonómica 9/2010), no cabe duda de la admisibilidad de la aplicación supletoria de la LRJ-PAC en esta materia, dado su vocación de generalidad en materia de recursos administrativos y teniendo en cuenta el silencio de la LCSP en este punto.

Completa las anteriores consideraciones señalando que la admisión del recurso extraordinario de revisión constituye una garantía para el administrado, ya que de no admitirse el recurso, se vería abocado a acudir indefectiblemente a la vía contencioso-administrativa, habiendo excluido expresamente la LCSP la revisión de oficio en esta materia.

Por su parte el TACRC admite los recursos extraordinarios de revisión si bien hasta la fecha ninguno de ellos ha prosperado, inadmitiéndose no porque contra las resoluciones no quepa recurso alguno, sino por no darse los supuestos del artículo 118 de la LRJ-PAC.

V. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LA RESOLUCIÓN

Las Resoluciones dictadas por los Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial, causan estado o agotan la vía administrativa, de manera que sólo son recurribles, como venimos diciendo, ante la jurisdicción administrativa, en el plazo de dos meses. Se da así cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 89/665/CEE, de 21 diciembre, de 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, cuando en su artículo 2 exige que en el caso de que los órganos encargados de la resolución de los Recursos Especiales, no sean jurisdiccionales, los Estados miembros prevean un mecanismo de recurso frente a sus resoluciones²⁵.

A diferencia de la anterior regulación recogida en la Ley 30/2007, el Recurso Especial en materia de contratación no tiene una relación de preclusividad con el recurso contencioso administrativo, de forma que no es necesario interponer Recurso Especial con carácter previo y obligatorio a la interposición del recurso contencioso administrativo, aunque la actual redacción del artículo 40.1 del texto refundido, no sea quizá la más inequívoca al respecto cuando señala *«Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a*

²⁵ Artículo 2.9. «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.

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 mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.»

la interposición del recurso contencioso administrativo (...)», si bien toda duda queda despejada cuando en su apartado 6 señala «El recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo».

El recurso contencioso administrativo se sustanciará ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando el acto recurrido sean las resoluciones dictadas por el Órgano competente para la resolución del Recurso Especial en materia de contratación, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, o las resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales²⁶, de acuerdo con el artículo 10.1.k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En el caso de que la Resolución la dicte el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para conocer del mismo recae en La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, tal y como señala el artículo 11.1.f) del mismo texto legal.

La tramitación del recurso no ofrece más especialidad que la de la legitimación, tanto activa como pasiva. En cuanto a la legitimación activa el artículo 19.4 permite a las Administraciones Públicas interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad. Esta especialidad refuerza la idea de la independencia del órgano que dicta las resoluciones, que determina la no necesidad de declarar lesivo un acto propio para recurrirlo y desde mi punto de vista, avala la posibilidad de considerar, *mutatis mutandi*, que, si no es precisa la previa declaración de lesividad para recurrir por parte de la Administración de la que depende el Órgano resolutorio del Recurso Especial, las resoluciones dictadas por éste, tampoco podrían ser revocadas como actos dictados por un inferior jerárquico.

Respecto de la legitimación pasiva, la regulación ofrece una peculiaridad respecto del resto de resoluciones dictadas por otros órganos administrativos, como puede ser la resolución del Recurso Económico Administrativo, o las resoluciones dictadas por el Jurado Provincial o los Jurados Territoriales de expropiación forzosa, y es que los Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial, carecen de legitimación pasiva ante la jurisdicción contencioso administrativa. Así el apartado 3 del artículo 21 de la LJCA señala que «En los

²⁶ Disposición adicional trigésima TRLCSP. «Régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y Entidades Contratantes adscritas a ella.

1. A medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma. Estos Tribunales tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refiere el artículo 40 de esta Ley, interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma.»

Esta previsión, sin embargo, no se ha hecho efectiva.

recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49».

Ello abunda en la consideración del Recurso Especial, como cuasijurisdiccional al reproducir el esquema que, con carácter general, se establece para los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones son recurribles ante el superior jerárquico, sin que ello implique que sean parte en el procedimiento, frente al sistema previsto para los órganos administrativos que sí son parte en los procesos judiciales que se sigan contra sus resoluciones y responde a la concepción de tales órganos como independientes²⁷. Además, resulta coherente con la propia previsión legal antes comentada según la cual las Administraciones Públicas pueden impugnar las resoluciones de los Órganos de revisión en materia contractual sin necesidad de acudir a la declaración de lesividad, al tratarse de órganos independientes.

Ello implica que existirán recursos contencioso-administrativos entre particulares o empresas (las que optaban a la adjudicación y la que finalmente resultó adjudicataria), en los que se decidirá la legalidad de una adjudicación de un contrato sin la intervención en el procedimiento del órgano administrativo autor del acto cuya legalidad se enjuicia y sin que su actuación sea defendida ni por el Abogado del Estado, ni por los Letrados de las Administraciones Públicas de las que dependen y que, sin embargo, estarán obligados a ejecutar las resoluciones judiciales adoptadas. Así, cuando se impugna ante la jurisdicción contencioso administrativa una resolución estimatoria en un Recurso Especial interpuesto contra la adjudicación de un contrato, el legitimado pasivamente en el recurso jurisdiccional contra la decisión estimatoria del «Tribunal» administrativo, sería el favorecido por el acto recurrido recayendo la defensa de la decisión impugnada en el particular que ha perdido su condición de adjudicatario por efecto de la resolución recaída, pues la Administración autora del acto originario sólo estaría legitimada para accionar, en su caso, como demandante frente al Órgano encargado de la resolución del Recurso Especial en materia de contratación, al haber sido la autora de un acto anulado.

Sin embargo, cuando la resolución del Órgano encargado de revolver el Recurso Especial lo desestime, confirmando la resolución impugnada se plantea si la Administración autora del acto cuya legalidad ha sido declarada por el órgano administrativo de revisión puede personarse como demandada.

²⁷ HUERTA GARICANO, INÉS, «Legitimación pasiva en el recurso especial en materia de contratación», Foro el Derecho 19.09.2013 «Entiendo que la solución diseñada por el Legislador español es, cuando menos, “chocante”, pues privar de legitimación pasiva a la Administración de adscripción, en mi opinión, no añade un “plus” de independencia a la actuación previa —que es la que se enjuicia— de estos Tribunales de Contratación. La independencia vendrá determinada por su composición y esa autonomía funcional, sin que vea especiales diferencias con otros Tribunales Administrativos como el TEAC o los Jurados de Expropiación.»

En la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional parece existir un criterio general de admisión de la participación en el proceso, como demandado, del órgano de contratación cuya decisión ha sido confirmada por el Tribunal Central de Recursos Contractuales²⁸.

Estoy de acuerdo con el Magistrado de la Audiencia Nacional, D. Jesús Cudero Blas cuando señala que *«Aunque, seguramente, no se haya suscitado en los procesos judiciales referidos discrepancias al respecto, lo cierto es que hay que entender que la actuación de la Administración como parte demandada no deriva de la cualidad del órgano que ha dictado la resolución recurrida (pues éste, por imperativo legal, no es parte), sino de la circunstancia (bien distinta) de que el acto administrativo recurrido en el proceso le resulta favorable. El título de legitimación (pasiva) habría que encontrarlo, por tanto, en el apdo. b) del art. 21.1 de la Ley Jurisdiccional —EDL 1998/44323— en cuanto tal Administración sería titular de un interés legítimo (el mantenimiento de la decisión confirmada por el Tribunal Central de Recursos Contractuales) que pudiera quedar afectado por la estimación de la pretensión del demandante.»*

En definitiva: *a)* Las resoluciones de recursos especiales y reclamaciones en materia de contratación son impugnables jurisdiccionalmente por quienes ostenten un interés legítimo, incluida la Administración Pública autora del acto anulado por el órgano encargado de la resolución del Recurso Especial, sin necesidad de declaración de lesividad; *b)* El Órgano administrativo de recursos contractuales (central o autonómico) no tiene nunca la consideración de parte demandada, ni —por tanto— los representantes procesales de las Administraciones Públicas actúan en su nombre; *c)* Tales Administraciones, sin embargo, son parte demandada en los recursos dirigidos contra actos de tales Órganos de recursos contractuales que les sean favorables (por confirmatorios de las resoluciones de los órganos de contratación), por ostentar un interés legítimo que pudiera verse afectado por la estimación del recurso; *d)* No podrán actuar, por último, en relación con recursos dirigidos contra decisiones estimatorias de estos Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial, pues en estos casos la única opción legal (para la Administración Pública autora del acto revocado) es la impugnación como demandante.

Además, esta previsión no ha estado exenta de problemas a la hora de su aplicación práctica, dado que, especialmente los Tribunales Superiores de Justicia emplazan a los Órganos encargados de la resolución que deben en tal caso comparecer a través de los letrados de la Administración de la que forman par-

²⁸ Sentencia de la Sección Tercera de 19 marzo 2013 de la Audiencia Nacional (recurso núm. 528/2011), se admitió la personación el Abogado del Estado en nombre de la Administración que había dictado el acto confirmado por el Tribunal de Recursos Contractuales.

Sentencia de la Sección Sexta de la A.N de 18 abril 2013 (recurso núm. 305/2011), también fue considerada parte demandada la sociedad pública que actuó como órgano de contratación, al haber sido la decisión del Tribunal Central de Recursos Contractuales confirmatoria del acto recurrido vía recurso especial.

Sentencia de la Sección Sexta de 19 marzo 2013 (recurso núm. 156/2011), sentencia de la Sección Sexta de 7 marzo 2013 (recurso núm. 387/2011) o en la de la Sección Tercera de 29 enero 2013 (recurso núm. 605/2011).

te, para alegar la excepción de falta de legitimación pasiva. Problemas que en todo caso, como siempre que una institución o procedimiento nuevo se inserta en nuestro Ordenamiento Jurídico, se irán limando con la práctica.

VI. IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO, RÉGIMEN JURÍDICO

El artículo 317.5 de la LCSP, actual artículo 47.5 del TRLCSP —precepto de nueva creación, introducido por el artículo 1.Tres de la Ley 34/2010, de 5 de agosto—, establece lo siguiente: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios al Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística»*²⁹.

El mencionado precepto, frente a la regulación anterior, configura la potestad del Órgano competente para resolver el Recurso Especial en materia de contratación, de imponer una sanción en caso de apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares. Dicha potestad se introduce *ex novo* a modo de elemento disuasorio de recursos infundados. Se intenta de este modo, siguiendo el Dictamen n.º 499/2010, del Consejo de Estado, la articulación de un mecanismo que permita contrarrestar un ejercicio abusivo del Recurso Especial en materia de contratación.

Efectivamente el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 499/2010, de 29 de abril, había señalado, *«se echa en falta la articulación de algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial. Así, se ha señalado en el expediente que la regulación proyectada podría completarse introduciendo la posibilidad de inadmitir el recurso en los supuestos tasados legalmente; o incluso podría atribuirse al órgano independiente la facultad para sancionar al recurrente en casos de temeridad o mala fe»*; añadiendo que *«Es cierto que la Directiva 2007/66/CE pone el acento en la articulación de un sistema de recursos rápido y eficaz para garantizar una adecuada protección de los derechos de licitadores y candidatos. Pero no lo es menos que en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas.»*

²⁹ Enmienda Número 10 BOCG 21 de Junio, Serie A número 79-5, introducida por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. La justificación a dicha adición era la de «Articular un mecanismo que permita contrarrestar el eventual ejercicio abusivo del recurso especial para fines distintos de la garantía de los derechos o legítimos intereses de las partes en el proceso de contratación.»

Puede considerarse como mecanismo precedente o punto de comparación, si se quiere, la previsión del artículo 234.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: *«El procedimiento económico-administrativo será gratuito. No obstante, si la reclamación o el recurso resulta desestimado y el órgano económico-administrativo aprecia temeridad o mala fe, podrá exigirse al reclamante que sufrague las costas del procedimiento, según los criterios que se fijen reglamentariamente»*, completado por lo dispuesto en el artículo 51 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, que establece lo siguiente: *«1. El órgano económico-administrativo podrá apreciar la existencia de temeridad o mala fe del reclamante a los efectos de exigirle que sufrague las costas del procedimiento cuando se produzcan peticiones o se promuevan incidentes con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procedimental.*

En particular, podrá ser apreciada la existencia de temeridad o mala fe cuando se planteen recursos o reclamaciones económico-administrativos con una finalidad exclusivamente dilatoria. Dichas circunstancias deberán ser debidamente motivadas por el órgano económico-administrativo competente. (...)»

Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre ambas medidas. Así mientras en el Recurso Económico Administrativo se atribuye al órgano administrativo encargado de resolverlo, la potestad «jurisdiccional» de imponer las costas de la reclamación en caso de apreciarse mala fe o temeridad en el recurrente³⁰, lo que le es dado imponer al Órgano encargado de resolver el Recurso Especial en materia de contratación, no es el coste de procedimiento o costas, sino una multa de entre 1.000 y 15.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, con independencia del coste del proceso —que dicho sea de paso en la práctica totalidad de los casos será inferior a las cantidades previstas—.

Cabe plantearse si es posible la determinación a priori de criterios para la imposición de las multas dado que el artículo 47.5 del TRLCPS, a diferencia de lo establecido en el artículo 51 del RD 520/2005, no define el concepto de mala fe o temeridad, motivo por el cual habrá que estar a la concepción acuñada por la jurisprudencia contencioso-administrativa.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»*. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la

³⁰ Artículo 139.12 de la Ley 29/1998, de 13 de abril, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, de imponer las costas en primera instancia en caso de apreciarse mala fe o temeridad.

misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ 1990\3637, *«La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación»*. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *«ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita»*.

De manera que al caso concreto se deberá examinar tanto la inconsistencia del recurso planteado, como la presencia del denominado «criterio de las condiciones» que exige para la aplicación de la multa que la parte que ha provocado la actividad impugnatoria conozca o deba conocer fundadamente que carece de razón.

Por último, a la hora de imponer multas o sanciones, máxime cuando no nos hallamos ante un supuesto de aplicación automático, antes bien que comprende la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, deben ponderarse adecuadamente en la resolución en que se impongan las circunstancias del procedimiento y de las que constituyen sus antecedentes, conteniendo además una motivación específica suficiente acerca de las razones que han llevado al Tribunal a apreciar la mala fe o temeridad, salvo que las mismas sean manifiestas o puedan deducirse directamente de la propia resolución.

Respecto de la posibilidad de recurrir de forma autónoma la imposición de multas, nada dice al respecto el TRLCSP cuyo artículo 49 se refiere a la posibilidad de recurrir la resolución ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin discriminar si la imposición de multa por temeridad o mala fe es o no recurrible. Cabría considerar que la multa impuesta por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación es susceptible de impugnación autónoma ante la jurisdicción contencioso-administrativa con independencia del pronunciamiento desestimatorio de dicho recurso. Así, cabe impugnar en sede jurisdiccional tanto la apreciación de mala fe o temeridad como la cuantía de la multa según la mala fe o temeridad apreciadas.

Sin embargo, no cabe desconocer que el Tribunal Supremo en doctrina que no ha sido siempre pacífica, se decanta por considerar que la apreciación de la mala fe o temeridad no es susceptible de revisión en sede casacional, al ser de plena soberanía del Juzgador de instancia, tal y como entre otras señala en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 mayo 2005: *«La temeridad o mala fe a efectos de imposición de costas es un problema de la soberanía del Juzgador de instancia, no revisable en casación. Así lo hemos dicho repetidamente, por ejemplo, en sentencia de 5 de diciembre de 2001»*. En el mismo sentido se pronuncia la más

reciente Sentencia de 5 noviembre 2010 dictada en el Recurso de Casación núm. 4067/2006³¹.

Sin embargo, a pesar del carácter cuasijurisdiccional del recurso especial que vengo sosteniendo, y de la semejanza de la multa como medio disuasorio y punitivo con las costas del procedimiento, entiendo que no resulta posible su asimilación directa a ésta, sin que quepa aplicar la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo al no existir la suficiente identidad de razón, puesto que ambas figuras, la imposición de multas y de costas, no obedecen a idénticos conceptos.

En todo caso la corta experiencia de los órganos encargados de la Resolución del Recurso especial en materia de contratación pública, no permite dar por cerradas todas las cuestiones que se plantean en torno a las Resoluciones que se dicten en tales procedimientos de recurso. Resta aún que se clarifiquen determinadas cuestiones y que algunas otras se modifiquen o maten normativamente o mediante el uso reiterado de criterios comunes por parte de los Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial en materia de contratación y con la vista puesta en la eficacia exigible en su actuación a este tipo de órganos y, por supuesto, sin perder de vista en la interpretación de las normas aplicables la normativa de la Unión Europea como intérprete auténtico último del Derecho nacional, que la aplica.

³¹ En efecto, este Tribunal tiene declarado, en cuando a la temeridad o mala fe, que «la aplicación de la penalidad de la condena en costas está sometida al prudente arbitrio de los Tribunales de instancia, no siendo revisable en casación (Sentencias de la Sala 1.ª de 28 de abril de 1983 [RJ 1983, 2193]; 8 de julio de 1983 [RJ 1983, 4120]; 13 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6819]; 10 de abril de 1984; 14 de junio de 1984; 27 de septiembre de 1985 [RJ 1985, 4477]; 21 de diciembre de 1985; 26 de febrero de 1986; 20 de junio de 1986 [RJ 1986, 3780]; 10 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8427], y 2 de octubre de 1995 [RJ 1995, 6977]). Con arreglo a esta doctrina “en orden a la condena en costas una uniforme jurisprudencia de esta Sala, como pone de relieve la sentencia de 11 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5550) y reiteran, entre las más recientes de 21 de marzo (RJ 1983, 1571); 28 de abril; 8 de julio y 13 de diciembre de 1983, y 14 de junio de 1984 (RJ 1984, 3241), tiene establecido que la apreciación de las razones conducentes a la imposición o no de las costas originadas por el litigio, entraña un juicio valorativo de la exclusiva incumbencia del órgano jurisdiccional de instancia, juicio que al no estar sometido a preceptos específicos o de doctrina legal, salvo en los supuestos de excepción expresamente previstos en la Ley, queda confiado al prudente arbitrio de dicho Tribunal y no susceptible, por tanto, de ser impugnado en casación” (Sentencia de 11 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7965])».