

La revisión de los actos administrativos en materia de contratación: el recurso especial

Sumario: RESUMEN.—I. PRELIMINAR: EL RÉGIMEN DE LA INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.—1.1. El establecimiento en nuestro ordenamiento del régimen de la invalidez contractual.—1.2. La normativa vigente.—II. LAS CAUSAS DETERMINANTES DE LA INVALIDEZ.—2.1. La invalidez de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores.—2.2. Las causas de derecho administrativo.—2.2.1. Causas de nulidad de derecho administrativo.—2.2.2. Causas de anulabilidad de derecho administrativo.—2.3. Las causas de invalidez de derecho civil.—2.3.1. Causas de nulidad de derecho privado.—2.3.2. Causas de anulabilidad de derecho privado.—III. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA INVALIDEZ.—3.1. Los efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad.—3.2. Los efectos derivados de las causas de Derecho civil.—IV. LAS VÍAS DE REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—4.1. La revisión de oficio y la vía de lesividad.—4.1.1. La revisión de los actos nulos y la declaración de lesividad de los actos anulables.—4.1.2. La declaración de invalidez de las causas de Derecho civil.—4.2. El recurso especial en materia de contratación.—4.2.1. Las novedades afirmadas por la Ley 9/2017.—4.2.2. El establecimiento y régimen jurídico del recurso especial.—4.2.3. La naturaleza y características del recurso especial.—4.2.4. Elementos objetivos: los actos recurribles a través del recurso especial.—4.2.5. Elementos subjetivos.—4.2.6. El procedimiento de tramitación del recurso especial.

RESUMEN

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, conforme declara su Preámbulo, mantiene la regulación del régimen de invalidez de dichos contratos, lo que comporta

* Letrado de la Asamblea de Madrid. Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Asamblea de Madrid. Profesor Asociado de Derecho Administrativo (Universidad Carlos III de Madrid).

que, prácticamente en sus términos literales, siga vigente el —técnicamente muy mejorable— régimen afirmado en el Texto Refundido de 2011, que encuentra su origen en la Ley de 1995. Dicho régimen parte de la discutible delimitación entre causas de invalidez de derecho administrativo y causas de invalidez de derecho civil, manteniéndose, respecto de las primeras, la cuestionable distinción entre las determinantes de la nulidad y las que, meramente, comportan la anulabilidad del contrato.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en el articulado de la Ley 9/2017 se introducen novedades dignas de mención. Debe así destacarse que los supuestos de invalidez que legamente se afirman comprenden los contratos celebrados por todos los poderes adjudicadores, en lugar de —como hacía el Texto Refundido— los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada. A partir de aquí se establecen los supuestos de invalidez, distinguiendo entre la invalidez del contrato propiamente dicho, ya sea porque alguna causa lo invalide conforme al Código Civil o porque la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, y la invalidez de las actuaciones preparatorias o de la adjudicación.

Presupuestas las causas de invalidez, y sus efectos, nuestro ordenamiento establece dos procedimientos de declaración de la misma: de una parte, el procedimiento de revisión de oficio por parte de la Administración y, de otra, el denominado recurso especial en materia de contratación.

En los casos en los que concurra una causa de invalidez de derecho administrativo, derogados los supuestos especiales de nulidad que se impugnaban a través de la llamada “cuestión de nulidad”, la Ley 9/2017 disciplina la competencia y el procedimiento tendente a declarar la invalidez de un contrato a partir del reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para su declaración por sí mismas, de oficio o a solicitud del interesado, y de la remisión al régimen establecido en la Ley 39/2015, es decir, a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación en los que concurra un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho, siempre que dichos actos hayan puesto fin a la vía administrativa o no hayan sido recurridos en plazo, y a la declaración de lesividad —y ulterior impugnación en la vía contencioso-administrativa— para los actos referidos que sean favorables para el interesado y adolezcan de algún vicio que pueda comportar su anulabilidad. Si nos encontramos ante una causa de Derecho civil la Ley dispone que el ejercicio de la correspondiente acción se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidas en el ordenamiento civil, si bien el procedimiento para hacer valer estas causas de invalidez será el de la revisión de oficio, o la declaración de lesividad, cuando el contrato se haya celebrado por una Administración pública.

Al margen de la revisión de oficio, desde el año 2010 existe en nuestro ordenamiento una vía de impugnación *ad hoc*, que es el recurso especial en materia de contratación, cuyo ámbito de aplicación ha sido ampliado por la Ley 9/2017. Su Preámbulo declara que “se mantiene la regulación [...] del recurso especial en materia de contratación”, si bien, respecto del sistema afirmado por el TRLCSP, “Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso”. Por lo demás, en cuanto a sus características, “El recurso [...] mantiene el carácter potestativo que tiene en la actualidad, [y] tendrá efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación,

salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición”. Presupuesta dicha declaración, en el estudio se analiza el régimen vigente de dicho recurso, con consideración especial de sus elementos objetivos y subjetivos, así como de su tramitación ante el tribunal administrativo correspondiente, cuya resolución pone fin a la vía administrativa.

PALABRAS CLAVE: Contratos del sector público. Invalidez. Poder adjudicador. Nulidad. Anulabilidad. Revisión de oficio. Lesividad. Recurso especial. Suspensión.

I. PRELIMINAR: EL RÉGIMEN DE LA INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO¹

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014², conforme declara su Preámbulo, “*mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público*”.

Dicha declaración comporta el mantenimiento —prácticamente en sus términos literales— del régimen de la invalidez de los contratos administrativos afirmado en el cuerpo legal que se deroga, esto es, 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 (TRLCSF, desde ahora), en concreto en sus artículos 31 a 39; preceptos complementados con la disciplina del recurso especial en materia de contratación dispuesta por los sucesivos artículos 40 a 50.

1.1. El establecimiento en nuestro ordenamiento del régimen de la invalidez contractual

El referido régimen, cuando menos técnicamente mejorable, encuentra su origen en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

¹ Una reflexión inicial acerca de las cuestiones que constituyen el objeto de este estudio constituyó mi colaboración —“*Acerca del régimen jurídico de la invalidez de los contratos administrativos en la Ley 9/2017*”— al Libro Homenaje al Profesor LUCIANO PAREJO ALFONSO, Editorial Tirant Lo Blanch, actualmente en imprenta.

² Ley 9/2017 fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 272, de 9 de noviembre de 2017, y, conforme a lo dispuesto en su disposición adicional decimosexta, entrará en vigor con fecha de 9 de marzo de 2018.

El preconstitucional Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, no contemplaba en su articulado un régimen específico de invalidez de los contratos. Fue el Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la referida Ley de Contratos del Estado, en sus artículos 40 a 49 —cuya regulación se mantuvo en el posterior Reglamento aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre—, el que, adhiriéndose a la ya por entonces cuestionada tesis doctrinal del servicio público, introdujo una disciplina tendente a dar sustantividad propia a la categoría de la invalidez de los contratos administrativos en nuestro ordenamiento. A tenor de la cláusula general de su artículo 40:

“Los contratos regulados en el presente Libro serán inválidos cuando lo sean los actos administrativos que les sirvan de soporte o alguno de ellos, o cuando la invalidez derive de su propio clausulado.

Los contratos pueden quedar también invalidados por las causas reconocidas en el Derecho civil.”

De este modo se introdujo en nuestro Derecho de la contratación pública una primera distinción, entre las causas de invalidez de derecho administrativo y las causas de invalidez de derecho civil —disponiendo respecto de éstas el artículo 49 que quedaban sujetas a los requisitos y plazos establecidos en dicho ordenamiento, si bien el procedimiento para hacerlas valer se sometía a lo previsto en la propia Ley—. Junto a la referida, el Reglamento de 1967 introdujo una segunda distinción dentro de las causas de derecho administrativo, acogiendo de forma expresa la diferenciación entre una serie de supuestos tasados de nulidad —al disponer que, en los casos referidos en su artículo 41, “*Son nulos de pleno derecho los actos administrativos preparatorios o el acto de adjudicación:*”— y el resto de infracciones del ordenamiento jurídico, determinantes de la anulabilidad del contrato.

La referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en sus artículos 62 a 67, elevó de rango normativo aquella disciplina, que prácticamente transcribió de manera literal —y así lo explicaba su Exposición de Motivos: “*Quedan incorporados a la Ley ciertos preceptos que figuran en el Reglamento General de Contratación, debiendo mencionarse expresamente en este aspecto, como materias más significativas, la normativa sobre [...] la invalidez, resolución y sus efectos*”—. Sus prescripciones fueron modificadas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la Ley de 1995, resultando posteriormente incorporado su contenido al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio³,

³ Sobre el origen de la regulación en nuestro ordenamiento, así como sobre el régimen afirmado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, véase el lúcido análisis de JUAN

desde el que, en sus términos literales, pasaron a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y, de ahí, al, antes citado, Texto Refundido de 2011⁴, que registró la materia hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2017, que lo deroga, sin perjuicio de que, a tenor de la disposición transitoria primera de ésta, el régimen del TRLCSP se siga aplicando a los expedientes iniciados y a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, esto es, antes del 9 de marzo de 2018.

1.2. La normativa vigente

La Ley 9/2017 establece el régimen de la invalidez de los contratos del sector público dentro de su Libro I, relativo a la “*Configuración general de la contratación del sector público y elementos*”, en su Título I, “*Disposiciones generales sobre la contratación del sector público*”, Capítulo IV, artículos 38 a 43, regulando seguidamente, en el Capítulo V, el recurso especial en materia de contratación, concretamente en sus artículos 44 a 60.

Aunque, como hemos visto, en su Preámbulo se declara que se mantiene la regulación del régimen de la invalidez⁵, es lo cierto que en dichos

ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR: “*La invalidez de los contratos públicos*”, en “*Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, Thomson-Civitas, 2.ª edición, RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT (Director), pp. 365 a 396; cuyas reflexiones siguen siendo de utilidad para comprender el régimen vigente, basado en el afirmado por dicho Real Decreto Legislativo.

⁴ Una resumida exposición del régimen de la invalidez y del recurso especial afirmado por el TRLCSP puede consultarse en LUCIANO PAREJO ALFONSO: “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, Tirant lo Blanch, 7.ª edición, Valencia, 2014, pp. 576 a 589. Asimismo, véanse MARÍA BURZACO SAMPER: “*Tema 2. Contratos del sector público*”, en “*Derecho Administrativo III*”, Varios Autores, Editorial Dykinson, S.L., 3.ª edición, Madrid, 2016, pp. 76 a 80; y SANTAMARÍA PASTOR: “*Principios de Derecho Administrativo General, II*”, Iustel, 4.ª edición, Madrid, 2016, pp. 275 a 277 y 719 a 726.

⁵ En el Preámbulo de la vigente Ley se expone lo que sigue (el subrayado es nuestro):

“*Dentro del Libro I se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación; y se mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de contratación.*

Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso, sin que dicha ampliación afecte a la necesaria agilidad que debe tener el sistema en la resolución de estos recursos, dejando de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada, de tal manera que se puede interponer en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros.

El recurso, que mantiene el carácter potestativo que tiene en la actualidad, tendrá efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Esta última salvedad encuentra su fundamento en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

preceptos se introducen novedades dignas de mención, que iremos analizando en los próximos epígrafes. No obstante, de entrada, debe advertirse ya que la Ley 9/2017 cierra sus prescripciones relativas a la invalidez con los seis referidos preceptos —artículos 38 a 43—, habiéndose suprimido el contenido de tres artículos —37, 38 y 39— del TRLCSP. El primero de los preceptos derogados establecía una serie de supuestos especiales de nulidad contractual que, como veremos, en realidad se han incorporado ahora al elenco de causas generales de nulidad del artículo 39 de la Ley 9/2017 —aunque no se recogen en la nueva Ley una serie de singularidades, que afirmaban los apartados 2 y 3 del precepto derogado, comprensivas de supuestos donde, concurriendo las circunstancias allí señaladas, no procedía la declaración de nulidad—. El segundo precisaba las consecuencias de la declaración de nulidad en los supuestos especiales afirmados en el artículo anterior. Y el tercero disciplinaba el régimen de interposición de la suprimida “cuestión de nulidad”, con la consecuencia de que ahora cualesquiera impugnaciones deben canalizarse a través del recurso especial en materia de contratación —habiéndose ampliado de manera importante en la Ley 9/2017 el plazo establecido al efecto—.

II. LAS CAUSAS DETERMINANTES DE LA INVALIDEZ

2.1. La invalidez de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores

De acuerdo con el sistema afirmado desde 1967, la Ley 9/2017 parte de un doble criterio tipológico. En primer lugar, de la discutible delimitación entre causas de invalidez de derecho administrativo y causas de invalidez de derecho civil⁶, manteniéndose, respecto de las primeras —y con una evidente falta de rigor— la cuestionable distinción entre las determinantes de la nulidad y las que, meramente, comportan la anulabilidad del contrato⁷; locuciones éstas que se emplean en su estricta literalidad en el artículo 38,

Para concluir la referencia al recurso especial, este se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley y acuerdos de rescate de concesiones.

⁶ Sobre el particular la fundada crítica de SANTAMARÍA PASTOR: “La invalidez de los contratos públicos”, *op. cit.*, pp. 378 y 379.

⁷ Por todos, además del trabajo de SANTAMARÍA PASTOR citado en la anterior nota 2, véanse ALEJANDRO NIETO GARCÍA: “*Estudio Preliminar*” a la obra de MARGARITA BELADÍEZ ROJO, “*Validez y eficacia de los actos administrativos*”, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 12 y ss.; y GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: “*Sistema de Derecho Administrativo*”, volumen I, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 3.ª edición, 2006, pp. 94 y ss.

“Supuestos de invalidez”, concretándose en los siguientes artículos 39, “Causas de nulidad de derecho administrativo”, 40, “Causas de anulabilidad de derecho administrativo” y 43, “Causas de invalidez de derecho civil”.

Dicho lo anterior, es lo cierto que el artículo 38 ha introducido una importante y acertada novedad respecto del régimen previamente afirmado por el concordante artículo 31 del TRLCSP. En efecto, la redacción vigente viene a zanjar una polémica doctrinal acerca de los efectos de la declaración de invalidez en el supuesto de los contratos no armonizados celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración pública, así como de todos los contratos de entes del sector público que no son poder adjudicador. Y la zanja al referir ahora los supuestos de invalidez que legamente se afirman a los contratos celebrados por todos los poderes adjudicadores —“Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos.”—, en lugar de —como hacía el TRLCSP— a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada.

A partir de aquí se afirman en el artículo 38 los siguientes supuestos de invalidez de los contratos:

- a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.
- b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes.
- c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado.”

La Ley distingue, pues, entre:

1.º La invalidez de las actuaciones preparatorias o del acto de adjudicación. La cuestión aquí radica en delimitar qué se entiende por actuaciones preparatorias o, más exactamente, por concretar cuáles de ellas tienen entidad suficiente como para que su invalidez, por reflejo, afecte a todo el contrato. Y debe entenderse que tienen tal entidad aquellas actuaciones preparatorias que culminan cada una de las sucesivas fases de la contratación, como ocurre, de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, con la aprobación del proyecto, la aprobación del expediente de contratación y la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas, el anuncio de la licitación, los acuerdos de la mesa de contratación que excluyen a un licitador indebidamente y cualesquiera otros que den por finalizado el procedimiento de adjudicación o impidan su continuidad.

2.º La invalidez del contrato propiamente dicho, ya sea porque alguna causa lo invalide conforme al Código Civil o porque la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, locución en la que debe entenderse incluida

la documentación que lo acompañe que tenga el mismo valor para los contratistas.

Para concluir este apartado general, conviene hacer dos precisiones. En primer lugar, que las causas de invalidez hacen referencia a vicios originarios, acaecidos durante el procedimiento de contratación, por lo que nada tienen que ver con las causas de resolución de los contratos afirmadas en la propia Ley —o en el contrato—, que vienen determinadas por circunstancias sobrevenidas, posteriores a la adjudicación. Segundo, el elenco de supuestos de invalidez no coincide con el ámbito del recurso especial en materia de contratación, del que ulteriormente nos ocuparemos; dicho de otro modo, a través de dicho recurso se pueden cuestionar determinados contratos y determinadas actuaciones relativas a los mismos, pero no todos los contratos ni todos los actos.

2.2. Las causas de derecho administrativo

Estas causas, predicables de cualquier acto preparatorio que ponga fin al procedimiento de contratación, de la adjudicación del contrato y del propio contrato una vez formalizado, coinciden con las generales afirmadas por los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si bien tanto el artículo 39 —en el supuesto de las causas de nulidad— como el artículo 40 —para las de anulabilidad— añaden causas específicas propias de la contratación, con algunas novedades respecto del TRLCSP ciertamente dignas de mención.

2.2.1. Causas de nulidad de derecho administrativo

Presupuestas las causas afirmadas por el artículo 47 de la Ley 39/2015 —en cuyo detalle, obviamente, no entraremos aquí⁸—, el artículo 39 de la

⁸ Dispone el apartado 1 del artículo 47 de dicha Ley:

“Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”.

Ley 9/2017 afirma un elenco de supuestos de nulidad específicos, más amplio que el que se recogía en el concordante artículo 32 del TRLCSP. Ahora bien, antes de entrar en su detalle debe ponderarse que dicha amplitud, en realidad, lo que supone es incorporar a este precepto los supuestos que, como especiales de nulidad contractual, se afirmaban en el derogado artículo 37 del TRLCSP. Tan sólo hay, en efecto, un supuesto que se afirma *ex novo*, en la letra g), por más que de su propio tenor literal se colige que la proclamación expresa del mismo no hubiera sido precisa.

Las causas del género hoy afirmadas son las siguientes:

1.^a En atención al adjudicatario, la carencia por su parte de alguno de los requisitos exigidos para ser contratista de la Administración, esto es:

- i. la falta de capacidad de obrar, atendiendo a su respectivo objeto social, debidamente acreditada —conforme a lo dispuesto en el artículo 84, en relación con los artículos 68 y 69—;
- ii. la falta de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada —en los términos exigidos en los artículos 86 a 95—;
- iii. la falta de habilitación empresarial o profesional o de clasificación, cuando procedan; y,
- iv. estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar afirmadas en el artículo 71, en relación con el 85, aunque se trate de un contrato menor —prohibición que debe ser originaria, pues si es sobrevenida, tras la adjudicación del contrato, no será causa de nulidad de pleno derecho sino, en su caso, de resolución si así se hubiere pactado expresamente—.

2.^a La carencia o insuficiencia de crédito conforme a lo dispuesto en la legislación presupuestaria en cada caso aplicable, salvo los supuestos de emergencia —en los que el acuerdo correspondiente se debe acompañar de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito—. Para evitar las consecuencias de una nulidad por esta causa, se exige que en los contratos que celebren las Administraciones públicas se incorpore al expediente de contratación el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la Intervención, en su caso, mientras que en los restantes contratos del sector público se exige que figure en el contrato el crédito presupuestario, programa o rúbrica contable con cargo al cual se abonará el precio, en su caso.

Debe precisarse que el supuesto de falta de consignación presupuestaria es bien distinto del de una eventual falta de disponibilidad de fondos en un concreto momento, pues, conforme ha reiterado el Consejo de Estado, en estos casos nos encontramos ante una circunstancia sobrevenida, que no atañe a la validez de la obligación, sino a su cumplimiento.

3.^a En orden a evitar adjudicaciones directas ilegales —que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea califica como la infracción más importante en materia de contratos públicos—, la falta de publicación del anuncio de licitación en los medios en que así resulte preceptivo en cada caso, conforme a lo dispuesto por el artículo 135 —esto es, el perfil del contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o servicio de información similar de las comunidades autónomas, los boletines oficiales o el Diario Oficial de la Unión Europea—.

4.^a A efectos de evitar una posible indefensión de los licitadores, la inobservancia del plazo de formalización del contrato, siempre que concurren los dos requisitos legalmente establecidos: i. que el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso; y, ii. que concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.

5.^a La formalización del contrato —y, por ende, la perfección del mismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 36.1⁹— sin haber respetado su suspensión —automática o expresamente acordada como medida cautelar por el correspondiente tribunal administrativo— en el supuesto de interposición de un recurso especial.

6.^a El incumplimiento de las normas de adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, cuando dicho incumplimiento hubiera implicado la adjudicación del contrato a otro licitador.

7.^a El incumplimiento grave de las normas de la Unión Europea en materia de contratación pública que conlleve que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento.

Por lo demás, no hace falta recordar que respecto de estas causas no opera la doctrina del acto consentido, pues el acto nulo de pleno derecho no es subsanable y puede impugnarse en cualquier momento, no siendo subsanable¹⁰.

⁹ Excepción hecha, conforme a dicho precepto, de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, que se perfeccionan con su adjudicación.

¹⁰ Reténgase, no obstante, la denominada “convalidación impropia”, que no es, en puridad, una convalidación, sino el nacimiento *ex lege* de una relación jurídica contractual: se trata de aquel supuesto en el que una ley autoriza un crédito extraordinario en relación con un contrato nulo, por carencia de crédito, no tratándose de un supuesto de emergencia.

2.2.2. Causas de anulabilidad de derecho administrativo

El artículo 40, con la referida rúbrica, se remite a la citada Ley 39/2015 —en concreto a su artículo 48¹¹—, constituyendo en lo demás una reproducción del derogado artículo 33 del TRLCSP, si bien con el añadido de un nuevo párrafo segundo, a través del cual el Legislador ha querido especificar tres concretas causas de invalidez; las siguientes:

1.^a El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205.

2.^a Todas aquellos actos que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración —siendo lo cierto que la causa debería haberse referido a todos los poderes adjudicadores, pues es evidente que uno de los supuestos habituales es el de la existencia de cláusulas que otorgan ventajas a la empresa que hasta ese momento ha sido contratista—.

3.^a Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos relativos a la condición de medio propio.

El Consejo de Estado, a través de una consolidada doctrina, nos ha enseñado que, como tales supuestos de nulidad, deben considerarse, entre otros muchos: la vulneración de la exigencia de motivación del acuerdo de adjudicación comunicado a los contratistas, por cuanto impide conocer el criterio técnico en el que la Administración se ha fundado; la incorrecta exigencia de clasificación en una licitación en la que no sea legalmente exigible la misma; o la vulneración de la interdicción de presentar más de una proposición a una licitación.

No hace falta decir que en estos casos sí cabe la convalidación, tanto por transcurso del plazo establecido para la impugnación del contrato como por un acto administrativo de subsanación, produciendo efectos la misma desde su fecha —no desde la del contrato inicial viciado—, sin perjuicio de que produzca efectos retroactivos, en lo favorable para el interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios concurrieran ya en la fecha a la que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de terceras personas.

¹¹ Establece el referido artículo 48:

“1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”.

2.3. Las causas de invalidez de derecho civil

Estas causas —que en puridad deberían denominarse de Derecho privado, pues pueden venir determinadas por una norma civil o mercantil— tienen una notable relevancia, habida cuenta que se aplican a todo tipo de contrato. Sin embargo, el artículo 43 —práctica reproducción del artículo 36 del TRLCSP— no enumera las consideradas causas.

Por ende, ha de estarse a lo dispuesto con carácter supletorio por el Código Civil, entrando en juego la prescripción de su artículo 4.3: “*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*”, procediendo la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.261 a 1.277 del referido Código.

2.3.1. Causas de nulidad de derecho privado

Podemos sistematizarlas como sigue:

- i. Con carácter general, los actos contrarios a las normas imperativas o a las prohibitivas dan lugar a la nulidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 6.3 del Código Civil, no cabiendo la celebración de pactos, cláusulas o condiciones contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, a tenor de su artículo 1.255.
- ii. Respecto de la voluntad, es causa de nulidad la falta de consentimiento, que debe diferenciarse, de un lado, de la falta absoluta de acto de adjudicación y de la no concurrencia de una declaración de voluntad del contratista —supuestos ambos de inexistencia del contrato—, y, de otro, de cualesquiera vicios del consentimiento, fruto de error, dolo, violencia o intimidación —que determinarían la anulabilidad del contrato—.
- iii. En relación con el objeto, comportaría la nulidad su carácter imposible —imposibilidad jurídica; pues si la misma lo fuera física el contrato sería nulo por una causa de derecho administrativo—, ilícito o no susceptible de determinación sin necesidad de un nuevo acuerdo entre los contratantes.
- iv. En cuanto a la causa, determina la nulidad su inexistencia o ilicitud —por oponerse a las leyes o a la moral, y siempre que no se trate de una desviación de poder en el acto de adjudicación; lo que nos remitiría a un vicio determinante de una causa de anulabilidad de derecho administrativo—.

2.3.2. Causas de anulabilidad de derecho privado

El artículo 1.300 del Código Civil dispone que “*Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no*

haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley". Prescripción que ha dado lugar a la tradicional distinción entre la nulidad radical, absoluta o de pleno derecho y la nulidad relativa o anulabilidad, supuesto en el que cabe la convalidación del contrato. Son causas determinantes de la anulabilidad las siguientes:

- i. El error padecido por el órgano de contratación o por el licitador, no pudiendo hacerlo valer la parte que lo ha producido. Para determinar la anulabilidad, dicho error debe recaer sobre la sustancia de la cosa que constituya el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubiesen determinado su celebración.
- ii. El dolo padecido por el órgano de contratación o por el licitador, que exige intención de engañar, por lo que debe ser causado por una de las partes o por un tercero con su consentimiento. El dolo debe ser causal y grave, por lo que si se trata de un mero dolo incidental —no determinante de la adjudicación del contrato— sólo dará lugar a una eventual acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios, fundada en la culpa precontractual.
- iii. La violencia —fuerza irresistible— o intimidación —temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave— que pudiera haber padecido el licitador en el momento de presentar su proposición.

Las referidas causas pueden hacerse valer durante el plazo establecido para la impugnación del contrato, con la consecuencia de que pierden su virtualidad invalidante si transcurre dicho plazo sin que el contrato haya sido cuestionado. Además, antes de que el referido plazo venza, cabe la convalidación del contrato, de forma expresa —confirmación— o tácita, teniendo lugar ésta cuando se realiza algún acto que necesariamente implica la voluntad de renunciar a la anulación del contrato. La confirmación, por su parte, requiere un acto expreso por parte de aquellas personas a quienes corresponda la acción de anulación del contrato.

III. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA INVALIDEZ

Es ésta una cuestión sustancial, pues, conforme nos enseñó SANTAMARÍA PASTOR, ni en el Derecho positivo ni en la práctica existe una relación de causalidad entre invalidez e ineficacia¹². Lo anterior determina en el ámbito de la contratación administrativa, entre otras cuestiones prácticas, que cuando se quieren ejecutar las medidas conducentes al restablecimiento

¹² Cfr. SANTAMARÍA PASTOR: "La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos", IEA, 2.^a edición, Madrid, 1975, pp. 73 y ss.

de la legalidad, por lo general, el contrato ya está ejecutado o ha alcanzado tal grado de ejecución que se plantea la duda sobre la conveniencia de anularlo y adjudicárselo a un tercero, ante los posibles perjuicios que de ello pueden derivarse para el interés público.

3.1. Los efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad

Dicho lo anterior, el artículo 42 establece los “*Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad*”, afirmando *ex novo* en su apartado 4, respecto del tenor del artículo 35 del TRLCSP, la previsión de que dichos efectos podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo. Podemos sistematizar dichos efectos como sigue:

1.º La Ley —en cuanto técnica administrativa encaminada a garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la acción administrativa— consagra la tradicional relevancia otorgada por el Legislador a los eventuales vicios concurrentes en el marco del procedimiento de adjudicación, que contagian al contrato celebrado con posterioridad —se trata de la, por el Consejo de Estado así denominada, “invalidez de reflejo”—. En esta línea, se dispone que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si no fuese posible la *restitutio in integrum* se devolverá su valor. Como consecuencia complementaria, la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido; cuestión ésta que siempre plantea el complejo problema de su prueba en el correspondiente expediente contradictorio que debe abrirse al efecto, habiendo dictaminado el Consejo de Estado que los daños ocasionados a la Administración pueden estimarse en función del sobreprecio del nuevo contrato concertado por ésta.

2.º La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias, si bien es lo cierto que qué sean dichos actos es algo que no se concreta en la Ley 9/2017.

3.º Como excepción a las reglas inmediatamente expuestas, y para el supuesto de que la declaración de nulidad pudiera producir un grave trastorno al servicio público, se admite que se acuerde la continuación de los efectos del contrato por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público, bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes que resulten procedentes.

4.º La Ley, conforme se ha anticipado, incorpora una novedad —en línea con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción

Contencioso-administrativa— consistente en la afirmación expresa de que los efectos referidos podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Afirmados dichos efectos, es algo más que obvio que, pese a partir el sistema de invalidez de la distinción entre causas de nulidad y causas de anulabilidad, se ignora esta segunda categoría en el artículo 41 al disciplinar las consecuencias de la invalidez; y ello no obstante el tenor de su rúbrica: “*Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad*”. Así es, aunque haya identidad de efectos —en el terreno práctico, tanto da una cosa como otra—, éstos se articulan a partir de “la declaración de nulidad” del contrato, lo que comporta, al margen de importantes problemas prácticos derivados de la incierta redacción vigente —de la que la jurisprudencia ha extraído un criterio contrario a extender la indemnización a un eventual lucro cesante¹³—, que se omita por completo aquella diferencia entre las causas de invalidez¹⁴.

3.2. Los efectos derivados de las causas de Derecho civil

Respecto de los efectos derivados de las causas de derecho civil, el Código Civil dispone que, declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, si bien en el supuesto de que el obligado a la devolución de la cosa no pueda restituirla, por haberse perdido, deberá éste entregar los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.

Presupuesto lo anterior, la anulabilidad, que a diferencia de la nulidad —al menos en teoría— sólo produce efectos *ex nunc*, es un medio jurídico puesto a disposición de determinadas personas para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de la tutela jurídica, con la consecuencia de que los efectos del contrato son claudicantes, pues queda al arbitrio de dichas personas la decisión de impugnarlo o no, para lo cual

¹³ Sobre el particular, JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA: “*Reflexiones sobre la invalidez de los contratos administrativos y sus efectos: la reclamación del lucro cesante*”, Diario La Ley, núm. 8870, 24 de noviembre de 2016.

¹⁴ Considérese, no obstante, que al regular el recurso especial y, en concreto, la resolución del mismo, el artículo 57.2 de la Ley 9/2017 prescribe lo que sigue: “*En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación*”.

disponen de un periodo de tiempo legalmente acotado en cuatro años —no existe plazo si se trata de nulidad de pleno derecho—; y dicho plazo se debe computar desde la consumación del contrato, en los casos de error o dolo, o desde el día en el que haya cesado la intimidación o la violencia.

IV. LAS VÍAS DE LA REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Presupuestas las causas de invalidez, y sus efectos, nuestro ordenamiento establece dos procedimientos de declaración de la misma: de una parte, el procedimiento de revisión de oficio por parte de la Administración y, de otra, el denominado recurso especial en materia de contratación.

4.1. La revisión de oficio y la vía de lesividad

La Ley diferencia en función de que nos hallemos ante una causa de derecho administrativo o una causa de Derecho civil.

4.1.1. *La revisión de los actos nulos y la declaración de lesividad de los actos anulables*

En los casos en los que concurra una causa de derecho administrativo, derogados los supuestos especiales de nulidad que se impugnaban a través de la llamada “cuestión de nulidad”, ha de estarse a lo dispuesto por el artículo 41, “*Revisión de oficio*”, que reproduce en su esencia el contenido del derogado artículo 34 del TRLCSP, disciplinando la competencia y el procedimiento tendente a declarar la invalidez de un contrato a partir del reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para su declaración por sí mismas, de oficio o a solicitud del interesado, y de la remisión al régimen establecido en la Ley 39/2015.

Dicha prescripción conduce, en consecuencia, a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación en los que concurra un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho, siempre que dichos actos hayan puesto fin a la vía administrativa o no hayan sido recurridos en plazo, y a la declaración de lesividad —y ulterior impugnación en la vía contencioso-administrativa, en un plazo de dos meses— para los actos referidos que sean favorables para el interesado y adolezcan de algún vicio que pueda comportar su anulabilidad, en los términos establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo Común para dichas vías de actuación.

Me remito, pues, al régimen afirmado por los artículos 106 a 111 de la citada Ley, si bien conviene hacer alguna precisión:

A) El ámbito de la revisión

El Legislador ha querido precisar en el artículo 41, en un nuevo apartado, qué concretos actos tendrán la consideración de actos administrativos:

“A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley”.

De tan relevante prescripción se colige que cabe la revisión de oficio de los actos preparatorios y del acto de adjudicación en el supuesto:

- i. De cualquier procedimiento convocado por las Administraciones públicas.
- ii. De cualquier licitación convocada por las entidades que integran el sector público.
- iii. De los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, en los términos establecidos por el artículo 23.

B) Competencia

La Ley exige que las resoluciones declaratorias de la nulidad, o de su lesividad, se adopten por órganos cuyos actos agoten la vía administrativa. Dispone al respecto el artículo 41.3 que si se trata de la Administración de una comunidad autónoma la competencia lo será del órgano que determinen sus normas respectivas —que reúna dicha condición—, y tratándose de la Administración General del Estado se precisa que serán competentes para declarar la nulidad o lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria. En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, presidente o director de la entidad que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida. El apartado 4 del artículo 41 añade que salvo determinación expresa en

contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante.

C) Procedimiento

Como es bien sabido, la revisión puede iniciarse de oficio o a solicitud del interesado —lo que es tanto como reconocer a éste una verdadera acción de nulidad y, consecuentemente, el derecho a obtener la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato, si concurriera causa para la misma—, siendo preceptivo y habilitante el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la correspondiente comunidad autónoma. Respecto del mismo, el referido órgano de relevancia constitucional ha reiterado que su parecer debe recabarse una vez instruido el expediente y antes de dictar la resolución definitiva.

Rigen las reglas generales en materia de suspensión —en nuestro caso suspensión de la ejecución de los actos de contratación—, que no es automática, debiendo ser acordada por el órgano competente para resolver, previa ponderación razonada de intereses y siempre que concurren las circunstancias legalmente exigidas, debiendo publicarse el correspondiente acuerdo en el boletín oficial en el que se insertó el acto administrativo recurrido cuando el recurso tenga por objeto un acto que afecte a una pluralidad de interesados. Y, obviamente, debe darse trámite de audiencia al interesado, con la única excepción de los supuestos en donde se haya iniciado el procedimiento a su solicitud y no vayan a ser tenidos en cuenta para resolver otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aportadas por éste.

Prevía la oportuna propuesta, la resolución deberá dictarse en el plazo de tres meses —lo que no incluye necesariamente su notificación—, con la consecuencia de que si se inició el procedimiento y no se ha dictado resolución en dicho plazo concurre un supuesto de silencio negativo y, por ende, desestimatorio, mientras que si el procedimiento se inició de oficio el transcurso del plazo considerado comportará la caducidad, que debe ser expresamente declarada mediante resolución; lo que no es óbice, si concurren las circunstancias oportunas, para que la Administración pueda ulteriormente incoar un nuevo procedimiento.

Al margen de lo anterior, debe tenerse presente que el recurso a la declaración de lesividad procede cuando el contrato ya ha sido adjudicado, pues en caso contrario, es decir, si todavía no ha habido adjudicación, el procedimiento a seguir en los supuestos en los que la Administración considere que los pliegos incurren en un vicio determinante de su anulabilidad es el desistimiento.

Una última precisión debe realizarse, a tenor de la doctrina del Consejo de Estado, que reiteradamente ha señalado que la revisión de oficio constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella sólo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos. Y dichas consideraciones le han llevado a concluir que, además de no poder ejercitarse la revisión de oficio cuando, por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, constituye asimismo un límite a la misma la confianza legítima, que también debe inspirar la actuación de las Administraciones públicas en materia de contratación.

4.1.2. *La declaración de invalidez de las causas de Derecho civil*

Si nos encontramos ante una causa de Derecho civil el artículo 43 de la Ley 9/2017 dispone que el ejercicio de la correspondiente acción se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidas en el ordenamiento civil, si bien el procedimiento para hacer valer estas causas de invalidez será el de la revisión de oficio, o la declaración de lesividad, cuando el contrato se haya celebrado por una Administración pública. Dicha determinación comporta que las vías reguladas en la legislación administrativa, a través de las cuales se canaliza la acción, son un mero instrumento formal para el ejercicio de estas acciones civiles, que no pierden su identidad propia.

4.2. **El recurso especial en materia de contratación**

Al margen de la revisión de oficio, desde el año 2010 existe en nuestro ordenamiento una vía de impugnación *ad hoc*, que es el recurso especial en materia de contratación, cuyo ámbito de aplicación ha sido ampliado por la Ley 9/2017.

Conforme declara el Preámbulo de la Ley 9/2017, “*se mantiene la regulación [...] del recurso especial en materia de contratación*”, si bien, respecto del sistema afirmado por el TRLCSP, “*Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso*”. Por lo demás, en cuanto a sus características, “*El recurso [...] mantiene el carácter potestativo que tiene en la actualidad, [y] tendrá efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición*”.

4.2.1. Las novedades afirmadas por la Ley 9/2017

Presupuesto lo declarado en el Preámbulo, lo cierto es que la Ley 9/2017 ha introducido relevantes novedades, sustantivas y procedimentales, en el previo sistema afirmado por el TRLCSP. Dichas novedades han sido sistematizadas por LOZANO CUTANDA y FERNÁNDEZ PUJOL, remitiéndonos aquí al análisis de dichas autoras¹⁵.

No obstante lo anterior y sin perjuicio de lo que inmediatamente se expone, me permito recalcar —aunque puede llegar a no ser más que una declaración de buenos deseos— lo dispuesto en la disposición adicional vigésima tercera, “*Coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación*”, en la que se prevé algo que no puede sino calificarse de absolutamente racional, como lo es la “imposición” a los diferentes tribunales de la obligación —“*acordarán*” dice la Ley— de establecer “*las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento*”; dado el número de tribunales del género ya existentes —reténgase que, además, el artículo 46 de la Ley habilita la creación de nuevos órganos en los ayuntamientos de los municipios de gran población y en las diputaciones provinciales—, y su muy dispar composición, se me antoja que el establecimiento de dichas fórmulas es una indefectible exigencia si no se quiere vaciar de contenido el principio de seguridad jurídica en la materia, en los términos en los cuales está afirmado el mismo por el artículo 9.3 de la Constitución. Además, aunque no se concreta el oportuno cauce —que, para su efectividad, debería ser precisado reglamentariamente con el carácter de legislación estatal básica—, se reconoce en la referida adicional a dichos órganos, presupuesta su experiencia en la materia, la lógica capacidad de “*proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos*”.

4.2.2. El establecimiento y régimen jurídico del recurso especial¹⁶

La correcta aprehensión de la vía de recurso afirmada por la Ley 9/2017 exige ponderar las razones determinantes de su establecimiento en nuestro

¹⁵ Véase BLANCA LOZANO CUTANDA e IRENE FERNÁNDEZ PUJOL: “*Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: diez novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación*”, Diario La Ley, núm. 9102, 19 de diciembre de 2017.

¹⁶ Al respecto —libro de cabecera en la materia— SANTAMARÍA PASTOR: “*Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*”, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Lo allí afirmado, presupuesto el mantenimiento de la regulación del recurso que proclama el Preámbulo de la Ley 9/2017, es perfectamente aplicable a la vigente normativa, con excepción, lógicamente, de lo derogado y de las novedades que incorpora la nueva Ley.

ordenamiento, por cuanto las mismas explican, en buena medida, su vigente configuración.

Así es, la impugnación de los actos dictados por la Administración pública en materia contractual se ha sometido tradicionalmente entre nosotros al esquema general de los recursos administrativos, incluso tras nuestra incorporación a las entonces Comunidades Europeas, de acuerdo con un criterio que entendía que dicho esquema de autocontrol se adecuaba al Derecho comunitario, tal y como lo proclamó la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995¹⁷.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 28 de octubre de 1999¹⁸, declaró que *“los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”*, imponiendo así a todos los Estados miembros la obligación de establecer un procedimiento *ad hoc* para sustanciar las eventuales solicitudes de anulación de las adjudicaciones en una fase anterior a la celebración del contrato.

El Reino de España, sin embargo, ignoró dicha exigencia, lo que determinó, previa denuncia de la Comisión Europea por inadecuada transposición de las directivas comunitarias, dos sentencias condenatorias del propio Tribunal de Justicia, la primera de 15 de mayo de 2003, en el asunto C-214/00, y —habiéndose ya dictado la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, en la que se contiene la esencia del nuevo recurso—, la segunda sentencia, de 3 de abril de 2008, en el asunto C-444/06. La condena, en ambos casos, lo fue por incumplimiento de las obligaciones que le incumben al Reino de España en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos

¹⁷ Se afirmaba allí: *“No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido”*.

¹⁸ Dicha STJUE, recaída en el Asunto C 81/98, resolvió las tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, suscitadas por el Bundesvergabeamt (Austria), en el litigio mantenido, por una parte, por Alcatel Austria AG y otros, Siemens AG Österreich y Sag-Schrack Anlagentechnik AG y, por otra parte, el Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr —Ministerio Federal de Ciencia y Transportes—.

públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992¹⁹.

A raíz de dichas sentencias la Comisión Europea evacuó su dictamen motivado de 8 de octubre de 2009, en el que se reflejaban las insuficiencias de las previsiones normativas del artículo 37 de la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Público de 2007, en el que se asumía de forma modulada el sistema tradicional; es decir, existía un recurso especial que se interponía y resolvía ante los propios órganos de la administración adjudicadora.

En dicha tesitura, el recurso especial en materia de contratación fue introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dictada en orden a transponer efectivamente la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Dicha disciplina se incorporó al, hoy derogado, TRLCSP, que lo regulaba en el Capítulo VI, “*Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos*”, del Título I de su Libro Primero, concretamente en sus artículos 40 a 50.

Las prescripciones del TRLCSP fueron desarrolladas por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales²⁰. Las determinaciones de dicho Reglamento, conforme a lo dispuesto por su disposición final primera, se aprobaron con el carácter de

¹⁹ La STJUE de 2003, estimando las alegaciones de quien fuera representante de la Comisión Europea y anteriormente Letrado de la Asamblea de Madrid —GREGORIO VALERO JORDANA—, condenó al Reino de España, en particular, por “no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora”.

La sentencia de 2008, en particular, condenó al Reino de España “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”.

²⁰ Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 230, de 25 de septiembre de 2015, entró en vigor el siguiente 25 de octubre, siendo objeto de corrección de errores en el ulterior *Boletín Oficial del Estado* núm. 264, de 4 de noviembre.

normas básicas, dictadas al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para dictar la legislación básica sobre contratos administrativos, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas²¹. Nos interesa, por ello, destacar que en su Capítulo III, artículos 12 a 37, se establecen una serie de reglas de procedimiento, referidas a la interposición del recurso especial, la reclamación y cuestión de nulidad —hoy derogada—, los requisitos del procedimiento, las medidas provisionales, la instrucción, la resolución y los actos posteriores a la resolución, esto es, su ejecución.

La Ley 9/2017, conforme se ha anticipado, establece el vigente régimen del recurso en el Capítulo V del Título I de su Libro I, concretamente en sus artículos 44 a 60. No hace falta decir que, quedando derogadas las prescripciones del TRLCSP y al margen de la habilitación en favor del Gobierno efectuada por su disposición final octava para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en la misma, las determinaciones del Real Decreto 814/2015 continúan vigentes en tanto en cuanto no hayan resultado modificadas, o derogadas tácitamente, por la nueva Ley.

4.2.3. *La naturaleza y características del recurso especial*

A) Naturaleza del recurso especial

El recurso especial afirmado en nuestro vigente Derecho positivo es un recurso de naturaleza administrativa —no jurisdiccional²²—, configurado como una vía única de revisión de actos administrativos por motivos de legalidad, que se interpone —atendiendo las exigencias del Derecho comunitario— ante un órgano constituido *ad hoc* por la Administración a la que esté adscrito el poder adjudicador contratante —con independencia del grado jerárquico de la autoridad y órgano que hubiere dictado el concreto acto

²¹ El referido carácter de legislación estatal básica se predica de los preceptos del Reglamento que desarrollan el procedimiento del recurso especial en materia de contratación, resultando aplicable, por ende, a todos los tribunales de recursos contractuales, dentro de su respectivo ámbito de competencia.

Considérese que, por el contrario, el referido carácter normativo no es propio de los preceptos de dicho Reglamento que regulan la organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como tampoco de los que disciplinan la utilización de los medios electrónicos.

²² Se ha sostenido, no obstante, el carácter cuasijurisdiccional del recurso. Por todos, ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO: “El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”, en Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 28, junio de 2013, pp. 79 a 119.

que se cuestiona—, a instancias de aquellas personas que consideren que se ha visto afectada negativamente su esfera de derechos e intereses legítimos, siendo, pues, el tribunal de la Administración competente el que sustancia y resuelve el recurso. Su resolución, como es obvio en nuestro Estado de Derecho, es impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Características del recurso especial

Presupuesto lo inmediatamente expuesto en términos sintéticos, pueden afirmarse las características configuradoras del vigente recurso que seguidamente se relacionan.

a) *Carácter revisor y finalizador de la vía administrativa*

El recurso especial tiene carácter revisor de la legalidad de la actuación administrativa, correspondiendo al tribunal administrativo competente pronunciarse estimando o desestimando, en todo o en parte, o inadmitiendo el recurso. Así lo dispone el apartado 2 del artículo 57 de la nueva Ley: *“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”*. Y contra esa resolución motivada, conforme prescribe el artículo 59, no cabrá sino la interposición de recurso contencioso-administrativo, pues la misma pone fin a la vía administrativa, siendo directamente ejecutiva.

Y hay aquí una importante novedad respecto de la legislación precedente, pues el Legislador se aparta del tradicional principio de conservación de actos y trámites, que rige en nuestro ordenamiento con carácter general —en los términos hoy afirmados por el artículo 51 de la Ley 39/2015²³—. Así es, a tenor del último inciso del referido artículo 57.2: *“En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”*. La consecuencia es obvia: la estimación que comporte una declaración de anulación compelerá a reiniciar el expediente contractual, debiendo el órgano de contratación sustanciarlo desde el principio, en todos sus actos y trámites. Se trata, dicho lisa y llanamente, de una auténtica reconversión —en el bien entendido de que no utilizamos el término en sentido procesal—, pues la nueva prescripción comporta la censura de todo lo actuado por el órgano de contratación.

²³ “Artículo 51. Conservación de actos y trámites.

El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”.

b) *Carácter potestativo y gratuidad*

Pese a que en los primeros documentos aprobados por el Gobierno se modificó esta nota, el texto definitivo de la nueva Ley proclama que el recurso especial tiene el considerado carácter, esto es, que no es obligatorio interponerlo antes de acudir a la vía contencioso-administrativa. El apartado 7 del artículo 44 así lo dispone: “*La interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes*”.

Reténgase la afirmación expresa de la gratuidad, que no es baladí: distintos órganos del género se habían planteado la eventual imposición de una tasa de acceso, que, de hecho, se ha exigido en Cataluña para acceder al recurso y solicitar medidas cautelares con antelación a su interposición desde la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña²⁴.

Por lo demás, no podemos omitir que el carácter potestativo —que parece razonable— puede generar conflictos en algún supuesto, habida cuenta que nuestro ordenamiento lo que ofrece son dos alternativas de impugnación, pudiendo encontrarnos con la realidad de órganos distintos conociendo de un mismo acto administrativo dictado en el seno de un procedimiento de contratación: un licitador puede acudir a la vía del recurso especial y otro, por el contrario, directamente a la vía contencioso-administrativa, de donde podrían resultar resoluciones contradictorias, ya entre el órgano administrativo y el órgano jurisdiccional, ya —impugnada la resolución de aquél— en sede jurisdiccional²⁵.

c) *Carácter excluyente: desplaza, en su ámbito, al régimen ordinario de recursos*

El recurso, además de ser único en la vía administrativa, tiene carácter excluyente en la misma, conforme se colige de lo dispuesto por el apartado 5 del artículo 44 de la Ley 9/2017: “*Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios*”.

²⁴ Se trata de la allí afirmada “*Tasa por la realización de actividades que son competencia del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público*”, con un importe variable, en función del valor estimado del contrato que es objeto de recurso, entre los 750 euros (para contratos hasta 500.000 euros) y los 5.000 euros (para contratos de más de 10.000.000 de euros).

²⁵ Y no estoy planteando una hipótesis de laboratorio, como acredita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2013 [recurso núm. 84/29013], que resolvió una cuestión de competencia entre las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con un recurso interpuesto por una entidad mercantil contra una resolución de la Junta de Contratación del Ejército de Tierra.

Hemos de destacar que, pese a que la dicción del texto legal —análoga a la del artículo 40.5 del Texto Refundido— hace referencia a los “*recursos administrativos ordinarios*”, la doctrina de los tribunales administrativos, y especialmente la emanada del Central, ha declarado la improcedencia, asimismo, de interponer el recurso extraordinario de revisión regulado, hoy, en los artículos 125 y 126 de la Ley 39/2015.

En este orden de consideraciones debe añadirse, como novedad de la nueva Ley, que se ha dejado sin efecto la posibilidad que preveía el artículo 41.3, segundo párrafo, del TRLCSP, a cuyo tenor “*las Comunidades Autónomas podrán prever la interposición de recurso administrativo previo al contemplado en el artículo 40*”.

d) *Celeridad en la tramitación del recurso*

El recurso especial tiene una inequívoca finalidad protectora de los legítimos derechos de los licitadores, presupuesta la inexcusable exigencia de preservar los principios de libre concurrencia, no discriminación, igualdad de trato y transparencia. Ahora bien, el recurso debe atemperar esa exigencia con la protección del interés público concurrente. Y esta segunda exigencia explica que, junto a la necesidad, cuando procede, de suspender el procedimiento contractual —en su caso, automáticamente la adjudicación— para garantizar la eficacia del recurso —lo que, lógicamente, lleva consigo el retraso en la formalización del contrato y en el comienzo de su ejecución—, la Ley 9/2017 afirme un procedimiento de tramitación en el que, al margen de la imposición de las oportunas cauciones o garantías, no se admiten otras demoras que las estrictamente imprescindibles.

Dicho lo anterior, no puedo dejar de constatar que dicha celeridad comporta la afirmación en algún caso de plazos inobservables —como ocurre con la comunicación de la interposición del recurso al órgano de contratación—, con la agravante de que, como regla, la Ley concede periodos de alegaciones mucho más amplios a los interesados que al órgano de contratación —lo que es especialmente visible si consideramos el plazo concedido a éste para remitir el expediente y evacuar su informe, en relación con el que se otorga a aquéllos para hacer alegaciones—.

4.2.4. *Elementos objetivos: los actos recurribles a través del recurso especial*

Conforme prescribe el Preámbulo de la Ley 9/2017, una de sus principales novedades radica en que “*Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso*”, a cuyo efecto el artículo 44 delimita los actos recurribles de una forma mucho más amplia de la que lo hacía el precedente TRLCSP, con

la consecuencia de que puede afirmarse que, material y formalmente, el recurso especial prácticamente posee un ámbito general de aplicación.

En efecto, en el TRLCSP, además de subjetivamente —pues el recurso procedía (y procede) únicamente cuando la parte contratante lo sea una Administración pública o un poder adjudicador—, el recuso quedaba circunscrito también por razón de la materia —tenía por objeto sólo los procedimientos de licitación de determinados contratos— y formalmente —los actos sometidos a su ámbito estaban tasados restrictivamente—. Ahora, conforme inmediatamente se detalla, se ha ampliado el elenco de los contratos impugnables y, sustancialmente, el tipo de actuaciones que pueden recurrirse a través del mismo, hasta tal punto que, entre otras cosas, ha dejado de ser una vía de control precontractual.

A) Los contratos sometidos al recurso especial

El TRLCSP vinculaba la posibilidad de interponer el recurso especial a determinados contratos celebrados por las Administraciones públicas y poderes adjudicadores que, en unos casos, estuvieran sujetos a regulación armonizada y, en otros, excedieran de unas determinadas cuantías que, cuando menos, eran elevadas. La Ley 9/2017 ha rebajado de manera importante dichos umbrales económicos y ha desvinculado el recurso de los contratos sujetos a regulación armonizada, con la única excepción del supuesto de los “contratos subvencionados”, en los que sí se exige dicho carácter.

En concreto, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1, serán susceptibles de recurso especial los actos y decisiones relacionados en su apartado 2 cuando se refieran a los siguientes contratos:

1.º Los de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros —cuando en el TRLCSP se requería que se tratase de contratos sujetos a regulación armonizada—.

2.º Los de suministro y servicios que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

3.º Los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos inmediatamente referidos, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

4.º Los de concesión de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros; debiendo dejarse constancia de que la concesión de servicios es una modalidad contractual que, en el sistema de la Ley 9/2017, cumple la función que tradicionalmente correspondía al contrato de gestión de servicios públicos —respecto del cual, para acceder al recurso especial, se exigían gastos de primer establecimiento por importe de más de 500.000 euros y una duración de cinco años—.

5.º Los contratos administrativos especiales cuando, por sus características, no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a cien mil euros.

6.º Los contratos subvencionados.

7.º Los encargos a medios propios cuando, por sus características, no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este importe, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a cien mil euros.

No ha resuelto la Ley de forma expresa, sin embargo, cuál la situación de los contratos mixtos, esto es, conforme a lo dispuesto por el 18.1, aquellos que contienen prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Hemos de entender, en consecuencia y especialmente ponderando la ampliación del ámbito del recurso especial, que sí son impugnables ante el correspondiente tribunal administrativo, aplicando el criterio de primar la prestación principal, en los términos afirmados por el propio artículo 18 en sus apartados 1 —contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en la Ley 9/2017— y 2 —contratos mixtos que contemplen prestaciones de contratos regulados en la Ley con prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma—.

Lo que sí precisa la Ley, en el apartado 4 del artículo 44, es que, cualquiera que sea la naturaleza del contrato —y la actuación impugnada—, *“No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia”*. Una prescripción absolutamente lógica pues, conforme a lo dispuesto por el artículo 120, se trata de supuestos en los que la Administración tiene que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

Y no hace falta decir que todos aquellos contratos administrativos en los que no concurran las circunstancias referidas no pueden ser impugnados por vía del recurso especial, debiendo canalizarse su eventual puesta en cuestión a través de los mecanismos de impugnación afirmados con carácter general en la Ley 39/2015 —recurso de alzada o potestativo de reposición— y, si se entiende oportuno y contra la resolución allí dictada, a través del recurso contencioso-administrativo.

B) Las actuaciones sometidas al recurso especial

El artículo 44 amplía el objeto del recurso especial, con la consecuencia de que éste ha perdido su precedente carácter de recurso precontractual, en cuanto instrumento de mero control de la legalidad en las fases de preparación y adjudicación de los contratos del sector público. Ahora su ámbito de aplicación se extiende a otras actuaciones, como las modificaciones contractuales o el rescate de concesiones. En concreto, cabrá interponer dicho recurso frente a las actuaciones que seguidamente se relacionan:

a) *Actuaciones propias de las fases de preparación y adjudicación del contrato*

1.^a “Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

No hay aquí modificación alguna respecto del TRLCSP, por lo que me limito a recordar que los pliegos son la ley del contrato, de lo que se deduce que la falta de impugnación en plazo de los mismos obliga a los licitadores, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos, a pasar por su contenido, al aceptarlos incondicionalmente al presentar su oferta, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho. Por lo tanto, salvo en los referidos supuestos, que deben ser interpretados con carácter restrictivo, no cabe argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación.

2.^a “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

El Legislador, además de los comprendidos en la Ley 39/2015, ha querido así precisar cuáles son los actos de trámite que se consideran cualificados y, por ende, son susceptibles de recurso especial, dejando claro que tienen dicho carácter, en línea con el criterio afirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶, la admisión —o inadmisión— de un licitador o

²⁶ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017, en el litigio Marina del Mediterráneo, S.L., y otros contra la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Asunto C-391/15) declaró no conforme a derecho la legislación nacional española al no considerar como acto de trámite recurrible la admisión de un licitador. En virtud de lo razonado, el Tribunal de Justicia declara:

“1) El artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, deben interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación —decisión de la que se ha alegado que infringe el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o la legislación nacional de transposición de ese Derecho— no está incluida entre los actos de trámite de un poder adjudicador que pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional independiente.

candidato o la admisión —o exclusión— por la mesa de contratación de ofertas técnicas o la exclusión de un licitador por baja temeraria. Se ha ampliado así de forma evidente el elenco de supuestos, pues el TRLCSP sólo contemplaba de manera expresa la exclusión de un licitador por parte de la mesa de contratación. Y en dicho elenco, por la propia redacción del precepto, tenía y tiene cabida el acuerdo de desistimiento que pudiera acordarse, por cuanto determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y puede producir indefensión; desistimiento que debe ser motivado, en los términos del artículo 152.4: *“deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa”*.

Obviamente, el resto de las actuaciones que no se precisan en la Ley como impugnables, no son susceptibles de recurso aislado —sin perjuicio de que puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación—. En la eventualidad de que se formalice recurso especial contra dichas actuaciones, procedería su inadmisión, sin perjuicio de que las mismas puedan cuestionarse, en su caso, a través de las vías de recurso afirmadas con carácter general en la Ley 39/2015.

Presupuesto lo anterior, conviene hacer dos precisiones:

- i. En primer lugar, debe recordarse que el procedimiento de adjudicación se inicia cuando concluyen las actuaciones preparatorias y, en concreto, en el momento en el que se da publicidad a los pliegos por los que se regirá la contratación; pliegos que, consecuentemente, hasta dicho momento no son susceptibles del recurso especial, como tampoco lo son:
 - el acuerdo de inicio o de aprobación del expediente de contratación;
 - la aprobación del expediente de gasto;
 - los acuerdos de tramitación ordinaria, urgente o de emergencia;
 - la aprobación de los pliegos o de los proyectos de obras;
 - y tampoco cabe recurso, por razón de la competencia del órgano, contra la emisión del informe jurídico previo a la aprobación de los pliegos.
- ii. Segundo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha tenido ocasión de depurar distintos supuestos de actos de trámite, producidos ya una vez iniciado el procedimiento de adjudicación, que no son susceptibles de este recurso. Así, sin ánimo exhaustivo, y habida cuenta que dichas actuaciones no ponen fin al procedimiento, ni deciden directa o indirectamente sobre el fondo,

2) El artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la 3) Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, tienen efecto directo”.

con la consecuencia de que no crean en los licitadores derechos ni producen perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos, ni producen indefensión:

- No es recurrible la desestimación, expresa o por silencio administrativo, de la solicitud de ampliación del plazo para presentación de ofertas.
- Tampoco es recurrible el acuerdo de valoración realizado por la mesa de contratación.
- Si, como hemos visto, expresamente la Ley proclama que la exclusión de ofertas —incluidas las que lo sean por resultar anormalmente bajas— es un acto cualificado y, por ende, recurrible, no es susceptible de recurso el acto de la mesa de contratación consistente en comunicar a los licitadores que sus ofertas incurren en baja anormal o desproporcionada, solicitándoles la justificación de las mismas.
- Asimismo, no cabe recurso contra el acuerdo del órgano de contratación por el que, en relación con dicha valoración, se deniega al licitador un plazo de formulación de alegaciones.
- De igual modo, no es recurrible la propuesta de adjudicación que realiza la mesa de contratación, incluso en el supuesto de que, por error, en la comunicación se de pie de recurso a los licitadores, pues el órgano de adjudicación puede apartarse de la misma motivadamente.
- No cabe recurso contra el acto de formalización del contrato, salvo en los supuestos de nulidad de pleno derecho expresamente tasados en las letras d) y e) del artículo 39.

3.^a *“Los acuerdos de adjudicación”*, cuya impugnación, como es sabido, implica la suspensión automática del procedimiento.

b) Actuaciones ajenas al procedimiento de adjudicación

1.^a *“Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”*.

Es ésta, como se ha dicho, una novedad radical, que sin duda afectará de manera notable al normal desenvolvimiento de la actuación administrativa en materia contractual, pues en el sistema del TRLCSP dichas modificaciones no podían ser objeto de impugnación a través del recurso especial, que se ha ampliado ahora a este tipo de actuaciones, propias de la ejecución del contrato.

2.^a *“La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales”*.

Dicha prescripción comporta que la Ley reputa que los encargos que no cumplen dichos requisitos —y sólo ellos— son relaciones contractuales,

razón por la que pueden impugnarse por esta vía, al haberse celebrado dichas relaciones sin ajustarse al principio de libre concurrencia. Ahora bien, aun circunscrito así el supuesto, respecto de la inclusión de dichos encargos —que el artículo 32 declara que, ajustándose a los requisitos legales, no son propiamente relaciones contractuales—, hemos de compartir la crítica realizada por la Secretaria General Técnica del Ministerio de Fomento²⁷, pues no parece lógico que dichos encargos sean susceptibles de impugnación por terceros, habida cuenta que, en puridad, estamos ante un supuesto de autoorganización administrativa.

3.^a “*Los acuerdos de rescate de concesiones*”. Se trata de otra novedad respecto del TRLCSP, si bien, salvo que la práctica me desmienta, entiendo que este supuesto no entretendrá habitualmente la atención de los tribunales competentes.

4.2.5. *Elementos subjetivos*

Elementos subjetivos del recurso especial podrán serlo los sujetos que intervienen en el procedimiento de contratación y, por lógica, lo será necesariamente el órgano competente para su resolución.

Ha de ponderarse al respecto que, con un inequívoco carácter imperativo, el artículo 54 de la Ley dispone que “*Las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos*”²⁸.

²⁷ Afirma ALICIA SEGOVIA MARCO: “*La nueva Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva de la Administración*”, en *El Derecho.com*, Lefebvre - El Derecho, Madrid, 12 de diciembre de 2017, que “*La formalización de este tipo de encargos a medios propios, toda vez que se trata de un supuesto de autoorganización administrativa por la vía de la cooperación vertical, como indica el artículo 31, no debiera estar sometida al control por este especial recurso, puesto que constituye una injerencia en la actuación interna de la Administración. Se confiere legitimación como interesados para recurrir o incluso, como si existiera un derecho legítimo a impedir que la Administración actúe por sus medios propios y existiera un correlativo derecho a exigir que la Administración contrate con terceros y externalice. Subyace en este supuesto una comprensión jurídica de la Administración como una entidad que externaliza necesariamente y ello implica una concepción distinta a la inherente al ordenamiento jurídico administrativo y constitucional español, sobre el prestador de los servicios públicos, tal y como se ha apuntado anteriormente en el apartado relativo al ámbito subjetivo*”.

²⁸ Debo llamar la atención acerca del hecho de que la presentación por medios telemáticos del recurso especial, así como su sucesiva tramitación electrónica, constituyen prácticas que están ya hoy generalizadas y que, desde hace tiempo, caracterizan los expedientes que se sustancian ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales, así como ante otros órganos de las comunidades autónomas, como es el caso del Tribunal de la Comunidad de Madrid. Es cierto, no obstante, que dicha obligación de tramitación electrónica del procedimiento puede verse excepcionada en algunos supuestos, pero no menos cierto es que dichos supuestos son bastante excepcionales, en los términos en los que están afirmados por la disposición adicional decimoquinta —a la que de forma expresa se remite, en relación con el recurso especial, el artículo 51.1.e) de la Ley 9/2017—.

A) El recurrente; su legitimación

Tratándose de un recurso, por su propia esencia, debe ser iniciado a instancia de un tercero ajeno a la Administración o poder adjudicador contratante, habiéndose afirmado al respecto ya en el TRLCSP una muy amplia configuración de la legitimación; configuración que —dando el adecuado rango normativo a lo que ya prescribía el Real Decreto 814/2015— ha resultado ampliada a los intereses colectivos en el nuevo cuerpo legal, estableciendo su artículo 48.1 que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Del precepto reproducido se colige que se exige la concurrencia de un derecho o interés legítimo, lo que comporta que cualquier licitador puede impugnar cualesquiera actuaciones susceptibles de recurso, no cabiendo la impugnación por parte de aquellos que no han concurrido a la licitación —si bien éstos sí pueden impugnar los pliegos o condiciones rectores de la contratación, siempre que invoquen que son los mismos los que les han impedido participar en plano de igualdad—. Presupuesto lo anterior, deben realizarse dos precisiones:

- No ostenta legitimación el licitador que ha sido excluido del procedimiento si lo que pretende impugnar es el acto de la adjudicación; en este supuesto, en efecto, el recurso se inadmitiría por falta de legitimación, habida cuenta que el provecho que obtendría de la eventual estimación del recurso no le generaría un beneficio cierto e inmediato, sino hipotético y futuro: resultar adjudicatario en una subsiguiente licitación, si la hubiere.
- Tampoco ostenta legitimación aquel licitador respecto del cual concurra una circunstancia que determine que la posibilidad de resultar adjudicatario sea imposible, pues el recurrente no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones.

Además, la Ley, en el apartado 2 del citado precepto, reconoce legitimación para interponer recurso especial a las organizaciones sindicales para el control

En concreto, será viable que las comunicaciones o el acceso a la documentación se lleven a cabo por medios no electrónicos en los siguientes dos supuestos: Primero: cuando se den circunstancias técnicas que lo impidan, según las precisiones de su número 3; y, Segundo: cuando sea necesario recurrir a un medio no electrónico por una violación de la seguridad de los medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada, que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos.

del cumplimiento por el empresario de las obligaciones sociales o laborales en la ejecución del contrato, y precisa que “*En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados*”.

B) La Administración o poder adjudicador recurrido

Respecto del ente contratante, el recurso debe versar sobre contratos celebrados por una Administración pública o por un poder adjudicador, tal y como los mismos son definidos en los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la Ley 9/2017, que damos aquí por reproducidos.

Dicho lo anterior, y en relación con el citado precepto, no hace falta precisar que el ámbito del recurso especial —de naturaleza administrativa— no comprende la actuación de todas las entidades que forman parte del sector público.

C) El tribunal administrativo competente para la resolución del recurso

Cabe recordar que, atendiendo las exigencias del acervo comunitario y con la finalidad de resolver los recursos que se planteen en la materia, se han constituido unos órganos *ad hoc*, configurados como tribunales administrativos especiales, de distinta estructura y composición.

Coexisten, de este modo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales constituido por la Administración General del Estado²⁹, con los órganos análogos que, a tenor del artículo 46, pueden crear las comunidades autónomas y entidades locales³⁰ —reténgase que, *ex novo*, la Ley 9/2017 ha habilitado la creación de nuevos órganos del género en los

²⁹ El Tribunal Administrativo Central es competente en materia de los recursos especiales que se formulen contra los actos de la Administración General del Estado y de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas, y además —en calidad de Tribunal administrativo común— conoce de las resoluciones de las adjudicaciones contractuales de todas las administraciones públicas, si las comunidades autónomas y las corporaciones locales deciden así establecerlo.

³⁰ A nivel autonómico, conforme a la habilitación que ya establecía la Ley de Contratos del Sector Público, se ha constituido un órgano del género en nueve comunidades: Comunidad de Madrid, Aragón, País Vasco, Andalucía, Castilla y León, la Comunidad Foral de Navarra, Cataluña, Canarias y, con una configuración singular —en cuanto está adscrito a su Consejo Consultivo—, Extremadura.

Con arreglo a su condición de Tribunal administrativo común, las otras ocho comunidades autónomas —Galicia, Principado de Asturias, Cantabria, Región de Murcia, Castilla La Mancha, Islas Baleares, Comunidad Valenciana y La Rioja—, así como las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, tienen suscrito un convenio de colaboración en la materia con el Tribunal Administrativo Central, que es quien conoce de la impugnación de los actos de los órganos de la comunidad en materia contractual, y de los entes, organismos y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, así como de los que adopten los correspondientes órganos, entes, organismos y entidades de las corporaciones locales de su ámbito territorial.

ayuntamientos de los municipios de gran población y en las diputaciones provinciales—, así como los que, por su singular naturaleza, pueden constituir otros entes y órganos en ejecución de las previsiones de la Ley 34/2010, como es el caso de las Cortes Generales y las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas³¹. A todos estos tribunales especializados se les atribuye la competencia para conocer y resolver, en su respectivo ámbito, los recursos que se planteen.

Por lo que respecta a dichos órganos no hay novedades relevantes en la nueva Ley, al margen de la introducción de algún matiz en la configuración del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales —artículo 45—. Dicho Tribunal está integrado en el Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de su Subsecretaría, de donde se colige su condición de órgano administrativo, no jurisdiccional, por lo que le resultan de aplicación las reglas de constitución y funcionamiento afirmadas por la Ley 39/2015, sin perjuicio de lo dispuesto —y no derogado por la Ley 9/2017— en el Real Decreto 814/2015.

Y aunque es obvio, por tratarse de una exigencia del Derecho de la Unión Europea, ha de destacarse que la verdadera esencia de la dinámica de estos órganos está en el hecho de que, como prescriben los artículos 45 y 46 de la Ley 9/2017, efectivamente se trate de tribunales independientes, es decir, de órganos que desarrollen su función de revisión de la legalidad administrativa con plena autonomía funcional. Cobra, por ello, especial relevancia cuál sea su composición, que, por ejemplo, en el supuesto del Tribunal Administrativo Central debe reputarse ciertamente correcta —aunque la Ley 9/2017 haya rebajado las exigencias respecto del nombramiento de los vocales—: está compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales, designados por el Gobierno —a propuesta de los ministros competentes en materia de hacienda y de justicia— entre funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado —que en el caso del Presidente ha de serlo en Derecho— y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, en el caso del Presidente, y a diez años, en el de los vocales —quince años exigía el TRLCSP—, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado

³¹ El elenco no acaba, en efecto, en los órganos relacionados en las notas anteriores, pues se han creado otros órganos del género, como el constituido en las Cortes Generales —competente para conocer de los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo— y en algunos Parlamentos autonómicos, como ocurre en los casos del Parlamento de Cataluña, de la Asamblea de Madrid y del Parlamento de Andalucía. Sobre el primero véase LUIS DE LA PEÑA RODRÍGUEZ: “*El Tribunal de Recursos contractuales de las Cortes Generales*”, en Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 131 a 140.

Por añadidura, hay que considerar los órganos administrativos forales de recursos contractuales ya constituidos en Álava, Gipuzkoa y Bizkaia.

directamente con la contratación pública. La duración del mandato lo es por un periodo de seis años, no prorrogables, y sólo pueden ser cesados en sus cargos por el Gobierno por las causas tasadas que establece el artículo 45.4, previo expediente.

Empero, frente a dicho modelo, en algún otro supuesto la composición del órgano llamado a resolver los recursos especiales se me antoja, cuando menos, discutible³².

Para concluir, debe decirse que al día de la fecha estos órganos están funcionando de un modo algo más que correcto, dada la autonomía funcional que han acreditado los tribunales administrativos. No es baladí ponderar que, primero, siendo potestativa esta vía son excepcionales los supuestos en los que se acude directamente al recurso contencioso-administrativo y, segundo, es ciertamente muy escaso el porcentaje de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones de estos tribunales.

4.2.6. *El procedimiento de tramitación del recurso especial*

La Ley 9/2017 contempla los aspectos procedimentales del recurso de manera prolija, dedicándole sus artículos 49 a 60. De acuerdo con la sistemática tradicional, podemos sintetizar su régimen como sigue.

³² A título de mero ejemplo, son varios los tribunales autonómicos que, *ab initio*, recibieron una configuración unipersonal —como es el caso de Cataluña, Andalucía, el País Vasco y Canarias—; configuración que no parece ser la más adecuada, dado el volumen de asuntos a sustanciar y la complejidad de la materia sobre la que han de pronunciarse estos órganos especializados, lo que, de hecho, ha determinado la modificación de alguno de los referidos.

En otros casos, tratándose de órganos colegiados, su composición resulta, cuando menos, pintoresca; por todos, véase el supuesto del artículo 2 de la Resolución de 18 de enero de 2011, del Letrado Mayor de las Cortes Generales, por la que se publica la de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, por la que se crea el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 21, de 25 de enero de 2011), en el que se establece una composición mixta, en concreto: un Diputado y un Senador, designados por las Mesas del Congreso y del Senado, reunidas en sesión conjunta, y el Interventor de las Cortes Generales. Los referidos miembros parlamentarios del Tribunal actúan, alternativamente, como Presidente y Vocal en cada uno de los recursos planteados, coincidiendo la duración de su mandato con la de la Legislatura. Por su parte, el Interventor de las Cortes Generales actúa como Secretario del Tribunal; y resulta ciertamente discutible su participación en el órgano que ha de resolver los recursos considerados cuando lo que se impugne es una actuación de las propias Cortes, en la medida en que dicha intervención, por su propia condición en la estructura administrativa de las Cámaras, quiebra la necesaria distinción entre las funciones de gestión, fiscalización y revisión.

En el caso del Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña podría decirse prácticamente lo mismo, a tenor del Acuerdo de la Mesa del Parlamento, de creación del Tribunal, modificado por Acuerdo de 16 de abril de 2013, con la finalidad de adaptar su contenido al TRLCSP (publicado en el *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña* de 30 de abril de 2013). Dicho Tribunal está formado por tres miembros, que lo son un Diputado, un Letrado y un Interventor, nombrados por la Mesa del Parlamento por el periodo de la Legislatura.

A) Actuaciones previas

a) *La solicitud anticipada de medidas cautelares*

El artículo 49 de la Ley contempla la eventualidad de que, antes de interponer el recurso, los sujetos legitimados para ello soliciten ante el órgano competente para resolver la adopción de medidas cautelares —que así pasan a denominarse en la nueva Ley, frente a la locución de “medidas provisionales” afirmada por el TRLCSP—. Conforme prescribe el apartado 1 de dicho precepto, respecto de su funcionalidad, *“Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”*.

El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar una decisión sobre las medidas así solicitadas, de forma motivada, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en el que se soliciten —no siendo su resolución susceptible de recurso—. El dictado de dicha resolución tiene como presupuesto un trámite de audiencia previa al órgano de contratación, por un enteco plazo de dos días hábiles —sin que su incomparencia en este trámite suspenda el procedimiento—. En todo caso, cuando de la adopción de las medidas pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución estimatoria puede imponer la constitución de preceptiva caución o garantía suficiente para responder de los mismos; y, obvio resulta, las medidas provisionales no surten efecto alguno hasta que dicha caución o garantía se constituya.

Dos últimas consideraciones deben realizarse acerca de este tipo de medidas:

- i. En primer lugar, y abriendo una posibilidad no admitida por el TRLCSP, la Ley 9/2017 prevé que el órgano competente podrá acordar que la suspensión cautelar afecte al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.
- ii. Segundo, como es obvio, las medidas que pudieran haberse acordado, por su propia naturaleza, decaen si transcurre el plazo establecido para la interposición del recurso sin que el interesado lo haya deducido.

b) *Acceso al expediente*

El artículo 52, elevando a rango legal lo que ya preveía el artículo 16 de Real Decreto 814/2015, dispone, en su apartado 1, que *“Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de*

ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley”.

Este acceso se configura, en consecuencia, como una actuación previa a la interposición del recurso, que podrá ejercitar el interesado dentro del plazo de quince días establecido al efecto. El órgano de contratación facilitará el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, si bien dicho acuerdo no suspende el plazo para la interposición del recurso especial, con la consecuencia de que el interesado, haya o no tenido acceso al expediente, deberá formalizar el recurso dentro del plazo legalmente establecido, que es preclusivo. Ahora bien, aunque no suspende el plazo para recurrir, el eventual incumplimiento por parte del órgano competente del deber de dar acceso podrá ser alegado por el recurrente al formalizar su recurso, lo que determinará que, una vez interpuesto éste, el tribunal, con carácter previo al trámite de alegaciones —del que seguidamente se dará cuenta—, deberá concederle dicho acceso por plazo de diez días para que proceda a completar su recurso —lo que supone una notable ampliación respecto de los cinco días que le otorgaba el artículo 29 del Reglamento—. En este último supuesto se concederá un ulterior —y, de nuevo, enteco— plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente, así como un ulterior plazo de cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Dicho lo anterior, es oportuno precisar que, respecto de dicho acceso, la Ley mantiene la exigencia del debido respeto y garantía de la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, que deberá ser valorada por el propio tribunal llamado a resolver. El carácter de confidencial afecta, entre otros y conforme a lo dispuesto por el artículo 133 de la propia Ley, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

Es ésta una cuestión sumamente compleja en la práctica, pues, presupuestos los principios de transparencia, concurrencia y publicidad de las licitaciones, exige balancear el derecho de defensa de los licitadores recurrentes y el derecho al secreto de las informaciones entregadas por los otros licitadores a la Administración contratante. Esa realidad ha dado lugar a reiterados pronunciamientos de los tribunales administrativos, dejando claro que son los empresarios, al formalizar sus proposiciones, quienes deben concretar qué extremos de las mismas están afectos a la exigencia de confidencialidad, sin que sea admisible una declaración genérica, que abarque la totalidad o la mayor parte de la oferta realizada. En definitiva, debe buscarse un punto de equilibrio, lo que no siempre es sencillo y debe ponderarse casuísticamente.

c) *La supresión del anuncio previo a la interposición*

Por lo demás, se ha suprimido el inútil trámite de anuncio previo del recurso ante el órgano de contratación que establecía el TRLCSP, cuya irrelevancia ya había sido reiterada por los tribunales de contratación, por lo que procede la interposición directa del mismo en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, pudiendo asimismo presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015.

B) *La interposición del recurso especial*

El recurso se inicia sólo a instancia de parte, como es lógico, y, conforme acaba de indicarse, directamente, esto es, mediante la formalización de un escrito de interposición ante el órgano competente para su resolución.

a) *Plazo de interposición*

El artículo 50 de la Ley 9/2017 regula con todo detalle este capital extremo.

La regla general la constituye un breve plazo de quince días hábiles, si bien la cuestión relevante es la del cómputo del mismo, ponderando la diversidad de actuaciones que son susceptibles de recurso. En principio, el *dies a quo* lo será el de la remisión de la notificación o publicación del acto impugnado, si bien, cuando aquella notificación no haya existido, el cómputo se iniciará en la fecha en la que el recurrente haya tenido conocimiento de la posible infracción. Presupuesta dicha regla, la Ley precisa el cómputo, según cual sea el objeto del recurso, en los siguientes supuestos:

- a) Si se impugna el anuncio de licitación, a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante. La Ley unifica así el plazo en la impugnación de los anuncios de licitación, derogando tácitamente lo dispuesto en el Real Decreto 814/2015, a cuyo tenor el *dies a quo* lo era el de la fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* para los contratos en los que la misma fuera preceptiva.
- b) Si se cuestiona el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales —unificando el plazo en la misma línea que en el supuesto anterior—, a partir del día siguiente a aquél en que se haya publicado en el perfil del contratante el anuncio de licitación, siempre que se haya indicado la forma en la cual los interesados pueden acceder a ellos, pues, en caso contrario, el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquél en que se le hayan entregado al interesado los mismos o éste haya podido acceder a su contenido a

través del perfil de contratante. Debe ponderarse, no obstante, la cualidad de *lex contractus* propia de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza; por ello el párrafo final de la considerada letra precisa que, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho, no se admitirá el recurso procedente de quién los consintiera, presentando, con carácter previo a la interposición del recurso, oferta de solicitud o participación en la licitación correspondiente.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo comenzará al día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en los que los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente a aquél en que se hubieran entregado al recurrente.

- c) Si se recurre un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación o un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, a partir del día siguiente a aquél en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.
- d) Si el recurso tiene por objeto la adjudicación del contrato, a partir del día siguiente a aquél en que se haya notificado ésta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.
- e) Si se pone en tela de juicio alguna modificación del contrato, por entender que la misma debió dar lugar a una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquél en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- f) Si se dirige contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, desde el día siguiente a aquél en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- g) Como cláusula de cierre, en todos los demás casos —lo que obviamente rige en el supuesto de impugnación del recate de una concesión— el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en la que se disciplina la comunicación electrónica.

No obstante la referida regla de los quince días de plazo, el propio artículo 50, en su apartado 2, contempla dos supuestos singulares, para los casos en los que el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en las letras c), d), e) o f) del artículo 39.2. En los supuestos de dichas causas —que en el sistema del TRLCSP se ventilaban a través de la acción de nulidad— se ha ampliado el plazo de interposición, en los siguientes términos:

“a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que

no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato”.

b) Forma y lugar de presentación del escrito

La Ley, en su artículo 51, dedica un esfuerzo regulatorio a este extremo que perfectamente podría haberse ahorrado, remitiendo a lo dispuesto en la Ley 39/2015. Y es que, en efecto, los requisitos del escrito de interposición son en su esencia los mismos que los generales afirmados en dicha Ley, al margen de prescribirse la indicación de una dirección de correo electrónico «habilitada», a efectos de comunicaciones y notificaciones; me remito, pues, a lo dispuesto sobre las solicitudes de iniciación en el artículo 66 y preceptos concordantes de aquella Ley, con la única precisión relativa al plazo de subsanación del recurso, que en este caso es de tres días hábiles —debiendo presentarse el escrito en el registro del órgano competente para la resolución del recurso—, con suspensión del procedimiento y advertencia de que, de no producirse ésta, se tendrá por producido el desistimiento.

En cuanto al lugar, conforme se ha avanzado, el recurso se puede presentar en el registro del órgano de contratación y en el registro del órgano competente para la resolución del recurso, así como en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015. Esta última posibilidad, que es cierto que comporta un mayor abanico de posibilidades para el recurrente, no es menos cierto que puede generar una cierta inseguridad, fundamentalmente para el propio recurrente, pues los plazos de tramitación y resolución no comienzan a computarse, como es obvio, hasta el momento en el que el recurso llega al registro del tribunal competente; y la Ley se limita a disponer que los escritos presentados deberán ser comunicados al tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible (*Sic*).

c) Efectos derivados de la interposición del recurso especial: la suspensión automática del expediente de contratación cuando se impugna el acto de adjudicación

El principal efecto de la presentación de dicho escrito es que comporta la iniciación del recurso y, por ende, el comienzo de la obligación del tribunal competente en orden a instruirlo de oficio en todos sus trámites y dar resolución expresa y motivada al mismo, dentro del plazo establecido al efecto.

Además, hayan sido o no solicitadas por el recurrente, el artículo 56.3 habilita al órgano competente para que, iniciado el procedimiento de

recurso, adopte, de oficio, las medidas cautelares que estime oportunas, lo que podrá hacer en este momento o en cualquier fase ulterior del procedimiento, dando audiencia en todo caso al órgano de contratación, por el consabido plazo de dos días. De la resolución que se adopte, acordando o, en su momento, levantando dichas medidas, se dará traslado al órgano de contratación y al recurrente en el estajanovista plazo del mismo día en que se dicten. Una vez recibida la notificación del acuerdo de suspensión, el órgano de contratación la llevará a efecto inmediatamente o, en su caso, dentro del plazo fijado al efecto por el tribunal administrativo.

Ha de tenerse presente que si la adopción de dichas medidas pudiera causar perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que, como precisa el artículo 50, aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantías esté constituida. Dichas garantías, cuyas imposición no es susceptible de recurso, pueden ser satisfechas por medio de aval bancario, contrato de seguro de caución y depósito de metálico o de valores de deuda pública del Estado, constituidos de conformidad con las disposiciones vigentes y depositados en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las delegaciones de Economía y Hacienda.

Dicho lo anterior, el artículo 53 afirma una regla básica para que el recurso especial tenga efectividad en la práctica: la interposición determinará la suspensión automática de la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido lo sea el de la adjudicación, es decir, que no podrá procederse a la formalización del contrato, pues, en puridad, es ésta la única actuación restante tras dicha adjudicación. Esta suspensión viene impuesta al tribunal *ex lege* y, por ende, no debe siquiera ser solicitada por el recurrente: el órgano competente para resolver debe acordarla de oficio. Obvio resulta que si el procedimiento de contratación lo es por lotes y el recurso se refiere en concreto a uno o varios lotes, la suspensión automática lo será sólo de dichos lotes, pudiendo formalizarse los contratos correspondientes a los lotes cuya adjudicación no haya sido cuestionada. Acordada la suspensión, dentro de los cinco días siguientes a la iniciación del recurso el tribunal, de oficio, deberá resolver si procede, o no, el mantenimiento de la misma, entendiéndose vigente la situación hasta que no se dicte una resolución expresa acordando su levantamiento.

La regla inmediatamente considerada se excepciona, no obstante, en dos supuestos, en los que, conforme explica el Preámbulo de la Ley, la suspensión obligatoria podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretenden obtener con los procedimientos de licitación resultantes de un contrato basado en un acuerdo marco y de un contrato específico en el marco de un sistema dinámico de adquisición; lo anterior sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación con estos últimos pudieran adoptarse, en cada caso, por el tribunal competente.

C) La tramitación del recurso especial

La tramitación del recurso especial no difiere de las reglas generales de instrucción de los procedimientos administrativos afirmadas en nuestro Derecho, hoy recogidas en el articulado de la Ley 39/2015, a las que remite de forma expresa el artículo 56 de la Ley 9/2017. Y en dicho precepto no se aprecian especialidades significativas, al margen de la reducción de los plazos, en términos que en algunos casos —desde la experiencia en la tramitación de este tipo de recursos— debo decir que no son del todo razonables.

En consecuencia, sustanciándose el procedimiento de forma electrónica —conforme anteriormente se ha constatado— y de acuerdo con lo dispuesto por el apartado 2 del artículo 56:

1.º Interpuesto el recurso ante el correspondiente tribunal administrativo, competente para su resolución, el mismo se lo notificará, con remisión de la copia del escrito de interposición, al órgano de contratación en el mismo día —precisión de, permítaseme, “farmacia de guardia”; que en modo alguno contempla la eventualidad de una recepción vespertina, cuando los servicios del tribunal hayan concluido su jornada—, y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, junto con su informe.

2.º En el supuesto de que el recurso se hubiera interpuesto ante el propio órgano de contratación, o una vez que éste reciba la notificación evacuada por el órgano competente para su resolución, la entidad, órgano o servicio deberá realizar dos actuaciones dentro de los dos días hábiles siguientes:

Primera. Remitir al tribunal administrativo el expediente, completo y ordenado, acompañado de un índice de los documentos que contenga, incluyendo diligencia de autenticación. Deberá añadirse necesariamente al expediente una relación de los participantes en la licitación, con su número de identificación fiscal. Y, por supuesto, en el expediente deben incluirse los documentos declarados confidenciales por cada uno de los licitadores, haciendo constar dicho carácter confidencial tanto en el índice como en el lugar del expediente donde se ubiquen dichos documentos; en el bien entendido que la declaración de la empresa licitadora no vincula al órgano de contratación, debiendo éste verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos concurrentes.

Segunda. Remitir, asimismo, un informe sobre la tramitación del expediente, que lo es sobre el fondo de la cuestión planteada y, en su caso, acerca de las medidas provisionales solicitadas; es decir, se trata de un documento que debe estar fundamentado y no puede limitarse a una mera relación correlativa de las fechas en las que se han producido las distintas actuaciones en el procedimiento de licitación, manteniendo las puntuaciones asignadas.

3.º Recibido el expediente, si el tribunal entiende que la documentación aportada no es completa, requerirá al órgano o entidad autor del acto

impugnado para que complemente el expediente, o el correspondiente informe, dentro del plazo de los dos días hábiles siguientes.

La inobservancia de dicho plazo no suspende el curso del procedimiento, que seguirá con los documentos y datos con los que en cada caso cuente, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir el causante de la demora.

Debe retenerse que dentro de dicho plazo, o en cualquier momento anterior a la resolución, el tribunal puede acordar la acumulación de dos o más recursos cuando, entre los mismos, exista identidad sustancial o íntima conexión. Así ocurre, como regla, cuando se formalizan distintos recursos, dentro de un procedimiento de licitación y contra un mismo acuerdo, por dos o más licitadores.

4.º El artículo 55 de la Ley 9/2017 ha introducido la posibilidad de que el tribunal administrativo, tras la recepción y examen del expediente administrativo, declare la inadmisión liminar del recurso. Dicha resolución procederá cuando conste de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) *La incompetencia del órgano para conocer del recurso.*
- b) *La falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto.*
- c) *Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.*
- d) *La interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición”.*

5.º Sin perjuicio de la eventualidad de un trámite de acceso al expediente por parte del recurrente —conforme al artículo 52 y en los términos anteriormente referidos, a los que me remito aquí—, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso el tribunal deberá desarrollar, de forma simultánea, tres tipos de actuaciones, cuando proceda:

Primera. Dará traslado del recurso a los restantes interesados —es decir, quienes hayan participado en el procedimiento de contratación—, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Permítaseme tan sólo dejar constancia al respecto de la paradoja que supone conceder dos días a la Administración para remitir el expediente y su informe —que es el único trámite en el que el órgano de contratación puede alegar en oposición al recurso—, cuando a los contratantes se les concede ahora un plazo de cinco días —tres en el TRLCSP— para hacer alegaciones.

Segunda. Decidirá acerca de las medidas cautelares, si se hubieren solicitado en el escrito de interposición o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud se hubiera realizado con anterioridad a la interposición.

Tercera. En su caso, resolverá si procede el mantenimiento o levantamiento de la suspensión automática.

6.º Transcurrido el plazo de cinco días concedido para alegaciones, de oficio o a instancia de parte, el tribunal podrá acordar la apertura de un período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes el tribunal, que puede rechazar aquellas propuestas que repunte manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada, que no es susceptible de recurso.

Son admisibles cualesquiera medios de prueba admitidos en derecho, y su práctica debe ser anunciada a los interesados, con antelación suficiente, indicando, en su caso, lugar, fecha y hora.

Los gastos derivados de la práctica de las pruebas serán de cuenta de quien la hubiere solicitado, sin perjuicio de lo que el tribunal pudiera determinar en materia de daños y perjuicios.

D) La terminación del recurso especial

Tampoco hay novedades relativas a la terminación del recurso³³, que regula el artículo 57 de la Ley.

a) *Plazo de resolución*

A tenor de dicho precepto, una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados.

b) *Contenido de la resolución*

1.º *El contenido necesario: estimación, desestimación o inadmisión del recurso; el alcance del pronunciamiento estimatorio.*

La resolución del recurso estimará o desestimará, en todo o en parte, las pretensiones formuladas, o declarará su inadmisión, o la de alguna de las pretensiones en él deducidas, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado por el recurrente, en su caso en las alegaciones formuladas por los interesados y en el informe evacuado por el órgano de contratación.

³³ Siguen siendo válidas, pues, las reflexiones de ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO: "La resolución del recurso especial en materia de contratación", en Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 29, diciembre de 2013, pp. 163 a 210.

La inadmisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 55, sólo podrá acordarse cuando, no procediendo la subsanación, conste de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) La incompetencia del órgano para conocer del recurso.
- b) La falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto.
- c) Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.
- d) La interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición.

La resolución, además de ser congruente y motivada, se pronunciará —cuando proceda— sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho 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. En todo caso, la anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación. Con dicha previsión, conforme ya se ha anticipado, se deja sin efecto en el ámbito de la contratación administrativa el tradicional principio de conservación de los actos y trámites, obligándose al órgano de contratación a “resetear”, es decir, a reiniciar el proceso de contratación.

Ahora bien, es importante ponderar que la función del tribunal administrativo es de naturaleza revisora respecto de los actos recurridos, concretándose en un pronunciamiento acerca de si ha concurrido, o no, un vicio determinante de su nulidad o anulabilidad, que, de apreciarse, determinaría la anulación del acto o actos, así como el acuerdo de que se repongan las actuaciones. En consecuencia, no es función del tribunal sustituir la competencia de los órganos que hayan intervenido en el procedimiento de contratación, por lo que si en el *petitum* del recurso se solicitase la adjudicación al recurrente, no incurriría la resolución en incongruencia si el tribunal no se pronunciara acerca de dicha pretensión, pues es el órgano de contratación el único competente para dictar el acto de adjudicación; lo contrario comportaría que el tribunal incurriera en un supuesto determinante de la nulidad de su resolución, por incompetencia *ratione materiae*. Por ende, si la resolución del tribunal comportara la anulación de la adjudicación del contrato, y que ésta deba realizarse a favor de otro licitador —el puntuado en segundo lugar—, ese

acuerdo debe adoptarlo el órgano de contratación, a cuyo efecto y conforme a lo dispuesto en el artículo 150.2, concederá al licitador siguiente un plazo de diez días hábiles para que presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140, si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

2.º Pronunciamientos complementarios: indemnización, multa y levantamiento de las medidas cautelares, cuando proceda.

- i. La resolución, además, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios, debiendo incluirse, como mínimo, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación, así como los gastos necesariamente originados por la intervención en el recurso, incluidos los derivados de la práctica de alguna prueba. Pronunciamiento que, obviamente, procede sólo si la resolución es estimatoria y cuando así haya sido solicitado por el interesado.
- ii. Además, desestimadas todas las pretensiones del recurrente, si el tribunal apreciara 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, por un importe mínimo de mil euros y, ahora, máximo de treinta mil euros —quince mil establecía el TRLCSP; debiendo estas cuantías ser objeto de actualización, cada dos años, mediante orden ministerial—. El importe de la multa se fijará en función de la mala fe apreciada y del perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos, debiendo el tribunal justificar su decisión. Una vez abonado, dicho importe se ingresará en el Tesoro Público.
- iii. Cuando se hubiere acordado por el tribunal, la resolución deberá decretar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarse continuara suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran podido acordar y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

c) *Silencio administrativo*

Subsanando una evidente laguna del TRLCSP —que no establecía un plazo máximo para la tramitación, resolución y notificación del recurso, conforme con carácter general exige la Ley 39/2015— el artículo 57.5 de la Ley 9/2017 dispone que transcurridos dos meses, 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.

d) *Solicitud de aclaración o petición de rectificación de la resolución*

El artículo 59, en su apartado 3, habilita a los tribunales administrativos para rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso. Con ello se ha dado carta de naturaleza a la solicitud de aclaración o petición de rectificación de errores por parte de los interesados afirmada en el artículo 32 del Reglamento, respetando el principio de invariabilidad de las mismas.

Conforme a la misma, el órgano de contratación y los personados como interesados en el recurso podrán solicitar la aclaración de la resolución si entendieran que la misma contiene algún concepto oscuro o incurre en error material. La solicitud debe presentarse en el registro del tribunal, dentro del plazo de los tres días hábiles siguientes a la recepción de la notificación de aquélla. El tribunal debe pronunciarse sobre la solicitud de aclaración de petición de rectificación dentro del día hábil siguiente.

e) *Efectos de la resolución*

Contra la resolución de este recurso especial, que es de única instancia, cabe interponer recurso contencioso-administrativo, en el plazo de los dos meses siguientes a su notificación³⁴, sin perjuicio de lo cual lo acordado es directamente ejecutivo, resultando de aplicación las normas generales sobre el procedimiento de apremio establecidas en la Ley 39/2015.

Se trata, pues, de un recurso cuya resolución, conforme a lo dispuesto por el artículo 49, es definitiva en la vía administrativa, no admitiéndose siquiera la revisión de oficio, lo que sin duda refuerza la independencia funcional de los órganos competentes.

³⁴ De especial interés resulta el trabajo de ANA ISABEL MARTÍN VALERO: “Especialidades procesales en los recursos frente a las resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales”, Actualidad Administrativa núm. 12, diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

La competencia jurisdiccional para conocer de las resoluciones se rige por lo dispuesto en la letra k) del artículo 10.1 de la Ley 39/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, correspondiendo a los Tribunales Superiores de Justicia, en única instancia, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, siendo competente la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos que se dirijan contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.