

**LA LEY 34/2010 Y LA ADAPTACIÓN EN ESPAÑA DEL DERECHO DE LA  
UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RECURSOS EN LOS PROCEDIMIENTOS  
DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS**

Por

**JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA**  
Profesor Titular de Derecho Administrativo y Director de la Revista Contratación  
Administrativa Práctica  
UCLM

Revistas@iustel.com

*Revista General de Derecho Administrativo 25 (2010)*

**RESUMEN:** El trabajo analiza la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público llevada a cabo por la Ley 34/2010, con el objetivo de incorporar las obligaciones derivadas de la normativa y jurisprudencia europeas en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Es objeto de estudio la nueva regulación del recurso especial en materia de contratación, así como la cuestionable limitación del ámbito de aplicación del recurso a los contratos sujetos a regulación armonizada y la falta de previsión de medidas para garantizar la rapidez y eficacia de los recursos en materia de contratación pública ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

**SUMARIO:** 1. Introducción y planteamiento del trabajo. Objetivos y alcance de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley de contratos del sector público, la Ley de contratos en los sectores especiales y la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa. 2. La nueva regulación del recurso especial en materia de contratación. 3. El carácter potestativo y exclusivo del recurso especial. 4. El nuevo órgano para la resolución del recurso especial en materia de contratación. A) Las carencias de la LCSP en cuanto al órgano competente para la resolución del recurso especial. B) La creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. C) Otras posibilidades de órganos encargados de la resolución del recurso especial. La descartada opción de atribuir el conocimiento del recurso especial a la jurisdicción contencioso administrativa. 5. El nuevo régimen de adjudicación y de perfección de los contratos. La alteración del carácter antiformalista de la contratación pública con la aprobación de la Ley 34/2010. 6. Las insuficiencias de la nueva reforma legal en la configuración del recurso especial en materia de contratación. A) La limitación del ámbito de aplicación del recurso a los contratos sujetos a regulación armonizada. B) La falta de previsión de medidas para garantizar la rapidez y eficacia de los recursos en materia de contratación pública ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

**SPANISH LAW 34/2010 AND ADAPTATION OF EUROPEAN UNION LAW ON  
REVIEW PROCEDURES CONCERNING THE AWARD OF PUBLIC  
CONTRACTS**

**ABSTRACT:** The work carries out an analysis of the Spanish law reform regarding Public Sector Contracts conducted by the Law 34/2010, with the aim of incorporating the obligations

arising from EU legislation and case law regarding remedies on the award of public contracts. The new rules of procurement special appeal are to be scrutinized, together with the questionable limitation of the scope of the appeal of contracts subject to harmonized regulation contracts and the absence of provision of measures to ensure the speed and efficiency of resources in public procurement to the administrative courts.

## **1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO. OBJETIVOS Y ALCANCE DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LA LEY DE CONTRATOS EN LOS SECTORES ESPECIALES Y LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

El sector de la contratación pública ha estado expuesto en los últimos años a numerosas reformas legislativas, la mayoría de ellas impulsadas por el muy desarrollado Derecho de la Unión Europea en la materia. Pero otras modificaciones han tenido su origen en decisiones nacionales de política y gestión de la contratación pública. En este sentido, el sector se ha visto muy afectado por las medidas adoptadas en los últimos años para luchar contra la crisis económica<sup>1</sup>.

De esta forma, sea por la influencia comunitaria o por decisiones de derecho interno, la reciente aprobación y entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que incorporó al Derecho español las previsiones de la Directiva 2004/18/CE pero a través de la cual nuestros legisladores decidieron hacer una reforma general de la normativa española sobre contratos, resultando una norma tan novedosa como compleja con respecto a su antecesora Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en modo alguno ha conseguido estabilizar este decisivo ámbito del ordenamiento jurídico.

El objetivo principal del presente trabajo es el análisis crítico de la última y más importante de las reformas hasta ahora sufridas por la LCSP, la llevada a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que adapta el Derecho español a las obligaciones derivadas de la normativa y jurisprudencia europeas en materia de recursos en los procedimientos de

---

<sup>1</sup> Entre las normas aprobadas como consecuencia de la crisis económica que han afectado directamente a la LCSP, introduciendo modificaciones en la misma, se encuentran el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación; el Real Decreto Ley 13/2009, de 26 de octubre por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local; el Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal; el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; y la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

adjudicación de contratos públicos. El TJUE ha resumido esas obligaciones al afirmar que las directivas sobre recursos deben interpretarse en el sentido de que obligan a los Estados miembros a garantizar una posibilidad de recurso eficaz y rápida contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en los procedimientos de contratación pública<sup>2</sup>.

A tal efecto, la citada Ley modifica la LCSP, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (Ley de contratos en los conocidos en la jerga comunitaria como sectores especiales, LCSE), y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

La Directiva 2007/66, de 11 de diciembre, modificó sustancialmente las anteriores Directivas comunitarias 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del sector público, como con respecto a los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. La reforma introdujo en las directivas de recursos normas coordinadas destinadas a clarificar y mejorar la eficacia de las disposiciones vigentes sobre los recursos precontractuales entablados en el marco de procedimientos formales de adjudicación de contratos o en el marco de contratos de adjudicación directa<sup>3</sup>.

El artículo 3 de la Directiva 2007/66, preveía que los Estados miembros deberían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 20 de diciembre de 2009, plazo que se superó ampliamente, como por lo demás ha sido desgraciada costumbre en la incorporación al Derecho español de las normas comunitarias sobre contratos públicos<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase el asunto Stadt Halle, C-26/03, STJUE de 11 de enero de 2005.

<sup>3</sup> Un completo análisis de la Directiva 2007/66 puede encontrarse en NOGUERA DE LA MUELA, B., "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE", *El Derecho de los contratos públicos* (dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 304 y ss.; TORNOS MAS, J., "Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones públicas", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 59 (2006), págs. 45 y ss.; y GRECO, G., "La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 5 (2008), págs. 1029 y ss.

<sup>4</sup> El último ejemplo de estos retrasos fue el producido para la adaptación de las trascendentes Directivas 2004/17 y 2004/18/CE, puesto que el 31 de enero de 2006 finalizó su plazo de trasposición y sin embargo la entrada en vigor de las Leyes que las traspusieron al ordenamiento español, la LCSP y la LCSE, no se produjo sino hasta mayo de 2008.

Por ello, el Gobierno solicitó para la tramitación parlamentaria del Proyecto el procedimiento de urgencia <sup>5</sup>, lo que no ha impedido que la reforma se apruebe muy tardíamente a la fecha que obligaba la Directiva 2007/66, principalmente porque el legislador español pensó que con la aprobación de la LCSP y su articulación del nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación se trasponían adecuadamente las exigencias de las directivas de recursos (apartado IV.3 de la exposición de motivos de la LCSP).

Sin embargo, no fue esa la opinión de la Comisión Europea, que en su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008 <sup>6</sup>, argumentó que la LCSP no cumple las exigencias del Derecho comunitario de los contratos públicos en materia de recursos. Entre otros destacados aspectos, para la Comisión la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues el recurso especial ha de presentarse ante el mismo órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito. No se cuestiona por la Comisión la opción por un recurso administrativo previo de carácter obligatorio, ni tampoco se exige que la decisión de adjudicación haya de impugnarse ante un órgano jurisdiccional. Pero se considera que sólo un órgano independiente es capaz de garantizar una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación. Además, la Comisión considera que el recurso contra la adjudicación provisional en la LCSP no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, por lo que considera que se trata de un recurso ineficaz.

Con la reforma de la LCSP operada por la Ley 34/2010 se han introducido importantes novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación y se ha creado para su resolución un órgano independiente de carácter administrativo, que se denominará en la Administración del Estado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Asimismo, para la adaptación de nuestro ordenamiento interno al Derecho de la Unión Europea, la Ley 34/2010 afecta también a dos aspectos fundamentales de la LCSP como son el régimen de adjudicación, con la supresión de la fase de la adjudicación provisional, y la perfección de los contratos, que pasa a anudarse a su formalización en vez de a su adjudicación.

---

<sup>5</sup> El proyecto de Ley fue tramitado por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 75.2 de la Constitución.

<sup>6</sup> Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, asunto C-444/06.

Se regulan también los supuestos especiales de nulidad contractual, las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad y la interposición de la cuestión de nulidad.

El artículo 2 de la Ley 34/2010 recoge las reformas a la LCSE. La mayoría de los cambios introducidos en la LCSE son de un alcance y contenido similar a los que la Ley 34/2010 realiza en la LCSP. De hecho son muchas las remisiones en los artículos reformados de la LCSE a los preceptos modificados de la LCSP. Así, el Título VII de la LCSE pasa a denominarse “Reclamaciones en los procedimientos de adjudicación y declaración de nulidad de los contratos” y se modifican los artículos 101 a 108, que pasan a integrar el capítulo I del Título. Los órganos indicados en el artículo 311 de la LCSP (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales u órganos creados por las Comunidades Autónomas), serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de la LCSE, para ejercer las competencias de resolución de las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en la LCSE.

Por último, el artículo 3 de la Ley 34/2010 contempla las obligadas modificaciones de la LJCA , en la medida en que aquella plantea la creación de nuevos órganos con capacidad para resolver recursos administrativos, y por tanto con competencia para adoptar decisiones en relación a los mismos. Estas decisiones que adopten los nuevos órganos serán revisables por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido, el apartado cinco del artículo primero de la Ley prevé añadir un último inciso al artículo 21.1 de la LCSP para atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para conocer “de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos previstos en el artículo 311 de esta Ley”, esto es, los órganos independientes de nueva creación que recoge la propia Ley 34/2010.

La reforma de la LJCA otorga competencia a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional para conocer las impugnaciones contra las resoluciones dictada por el Tribunal Central de Recursos Contractuales y a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la LCSP en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.

## 2. LA NUEVA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Una de las principales novedades de la LCSP fue la introducción de un recurso especial en materia de contratación, originada en el ya comentado Derecho de la Unión Europea en la materia.

En especial, hay que recordar la condena contra España llevada a cabo en la sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/00 y cómo el Tribunal, en su decisiva sentencia Alcatel <sup>7</sup>, auténtico “leading case” sobre recursos en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, había señalado que las disposiciones de la Directiva 89/665/CEE “deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”.

La Ley 34/2010 introduce ahora un nuevo Libro VI en la LCSP para regular el “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”, integrado por los artículos 310 a 320, que sustituyen así al anterior Capítulo VI del Título I del Libro I de la LCSP que, con el mismo encabezado, se ocupaba de la materia en los artículos 37 a 39.

Si tenemos en cuenta que la regulación de las medidas provisionales que llevaba a cabo el artículo 38 de la LCSP ha pasado mejorada técnicamente al nuevo artículo 313 de la Ley y que la limitada previsión de arbitraje que contemplaba el artículo 39 se ha trasladado sin modificación alguna al nuevo artículo 320 de la LCSP, la verdadera novedad de la reforma legal se encuentra en el tratamiento del recurso especial en materia de contratación, objeto antes de un solo precepto -el artículo 37 de la LCSP- y desarrollado ahora en los artículos 310 (actos recurribles), 311 (órgano competente para la resolución), 312 (legitimación), 314 (iniciación del procedimiento y plazo), 315 (efectos derivados de la interposición), 316 (tramitación del procedimiento), 317 (resolución), 318 (determinación de la indemnización) y 319 (efectos de la resolución).

Aunque el Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP incluía la regulación del recurso especial y de los medios alternativos de resolución de conflictos en un nuevo

---

<sup>7</sup> STJUE de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98.

título, el IV, del Libro V de la LCSP, tras las observaciones del Consejo de Estado en su dictamen nº 499 de 2010 se decidió dedicar a estas disposiciones un nuevo Libro <sup>8</sup>.

La ubicación sistemática en el Libro V de la LCSP, dedicado a la “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, sólo podía justificarse por la regulación del nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Pero el resto de las disposiciones planteadas, referidas a los actos recurribles, a la legitimación o al procedimiento del recurso especial nada tenían que ver con el objeto del Libro V y podrían haberse incluido en los Libros I (donde se ubicaron en la redacción originaria de la Ley) ó III (que regula la selección del contratista y la adjudicación de los contratos) de la LCSP.

En cualquier caso, la opción del legislador de dedicar a la materia un nuevo Libro resulta acertada. De esta forma se le otorga la relevancia que merece al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y se garantiza una mayor seguridad jurídica que si se hubiera fragmentado la regulación de la materia en diversos libros dentro de la compleja estructura de la LCSP.

### **3. EL CARÁCTER POTESTATIVO Y EXCLUSIVO DEL RECURSO ESPECIAL**

Frente al carácter preceptivo del recurso especial en la regulación del artículo 37 de la LCSP (el apartado primero del precepto señalaba que “las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada (...) deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo (...)”) <sup>9</sup>, el nuevo artículo 310 señala en su apartado 6 que el “recurso especial regulado en este artículo tendrá carácter

---

<sup>8</sup> Véase la letra g) (técnica normativa) del apartado VII del citado dictamen.

<sup>9</sup> Critica el carácter obligatorio del recurso por su poca virtualidad práctica al ser resuelto por el mismo órgano de contratación y ser en consecuencia un obstáculo para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., “El recurso especial en materia de contratación”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 71 (2008), págs. 50 y ss.

También LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ (“El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, dir. MORENO MOLINA, J.A., CEMCI, Granada, 2008, p. 309) defendió la conveniencia del carácter potestativo del recurso especial para que fuera el operador el que tuviera la opción de decidir si utilizarlo o no y para que no fuera un obstáculo innecesario que retrasase una decisión sobre la ilegalidad invocada, en la medida en que en España “la estimación de los recursos administrativos previos es mínima o prácticamente nula”. La autora entiende aplicable en este punto la doctrina del TJUE sobre limitación de acceso a los procedimientos de recurso establecida en las sentencias de 19 de junio de 2003, asunto C-410/01, Fritsch y de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/00, Grossmann.

potestativo”. La conveniencia de su carácter potestativo había sido defendida por el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006, de 25 de mayo <sup>10</sup>.

La mención expresa al carácter potestativo del recurso que se recoge en el artículo 310.6 se debe al dictamen del Consejo de Estado 499/2010, de 29 de abril <sup>11</sup>, ya que el texto del anteproyecto no lo indicaba con claridad.

Ahora bien, hay que advertir de las consecuencias que supone esta característica del recurso, ya que si los licitadores afectados deciden acudir directamente al recurso contencioso administrativo para la impugnación de las decisiones adoptadas en el seno de un procedimiento de contratación las reglas aplicables serán muy diferentes a las aplicables si lo que deciden es interponer un recurso especial. En concreto, son trascendentes las diferencias en cuanto al plazo de interposición de los dos tipos de recurso (15 días hábiles el especial -art. 314.2 LCSP- y 2 meses el contencioso administrativo -art. 47 LJCA-) y a la suspensión automática o no del expediente de contratación (que se producirá como efecto derivado del recurso especial de acuerdo con el artículo 315 de la LCSP y que sin embargo no regirá en el caso de que se presente un recurso contencioso, supuesto en que resultarán de aplicación las reglas de los artículos 129 y 130 de la LJCA -se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares y “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”-, que en la práctica en pocas ocasiones dan lugar a la suspensión de los procedimientos).

El artículo 310 mantiene por otra parte el carácter exclusivo del recurso, de modo que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que se mencionan en el apartado 2 del precepto (artículo 310.5).

Pero la Ley 34/2010 reconoce expresamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan prever la interposición de recurso administrativo previo (segundo párrafo del artículo 311.2).

En este último supuesto, la ejecución de los actos de adjudicación impugnados quedará suspendida hasta que el órgano competente para resolverlo decida sobre el fondo de la cuestión planteada. En todo caso, si la resolución no fuese totalmente estimatoria, la suspensión persistirá en los términos previstos en el artículo 315 de la LCSP.

Como señala el artículo 319 de la LCSP, contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo

---

<sup>10</sup> Apartado X.4.b).

<sup>11</sup> Apartado VII.B.b).



conforme a lo dispuesto en el artículo 11, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 10, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dado que la independencia de los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación es incompatible con la posibilidad de que sus resoluciones sean revisadas o fiscalizadas en vía administrativa, la LCSP precisa ahora que no procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de la propia norma y en el Capítulo 1 del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311 de la LCSP. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito<sup>12</sup>.

#### **4. EL NUEVO ÓRGANO PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

##### **A) Las carencias de la LCSP en cuanto al órgano competente para la resolución del recurso especial.**

Como destacó con contundencia la doctrina administrativista<sup>13</sup>, una de las limitaciones más importantes de la regulación del recurso especial en el artículo 37 de la LCSP fue la atribución de la competencia para la resolución del mismo al órgano de contratación, convirtiendo así el recurso en un equivalente a un recurso administrativo de reposición. De esta forma no se cumplían las exigencias del Derecho de la Unión Europea en la materia que exigía la resolución del recurso por un órgano independiente de la Administración contratante.

---

<sup>12</sup> Esta previsión fue introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley 34/2010. En concreto, la enmienda nº 24 del Grupo Parlamentario Socialista propuso que se añadiera un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 319 de la LCSP, así como al artículo 108, apartado 1, de la LCSE.

<sup>13</sup> Véase GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, págs. 329 y ss.; NOGUERA DE LA MUELA, B., "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE", en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): *El Derecho de los contratos públicos*, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 320 y ss.; LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, "El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares", *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales* (dir. MORENO MOLINA, J.A.), CEMCI, Granada, 2008, págs. 301 y ss.; y RAVENTÓS SOLER, A. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., "El recurso especial en materia de contratación, un año después... y el Reino de España empeñado en no cumplir la Directiva de recursos", *Diario La Ley* nº 7211 (2009), Ref. D-244.

La normativa comunitaria encomienda la resolución de los recursos a un órgano independiente del órgano de contratación (artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE). Dicho órgano independiente puede tener carácter jurisdiccional o administrativo. En este último caso (apartado 9 del artículo 2 de la citada Directiva), el nombramiento de sus miembros y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, exigiéndose que el presidente posea, como mínimo, las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez.

Esta instancia independiente adoptará sus decisiones, que deberán ir siempre motivadas por escrito y que tendrán efectos jurídicos vinculantes, previa realización de un procedimiento contradictorio. Además, dichas resoluciones han de poder ser objeto de recurso ante un órgano jurisdiccional.

En su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, la Comisión Europea concluyó que la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues ha de presentarse ante el órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito.

A diferencia de la legislación estatal, en la normativa autonómica en materia de contratación pública hay que destacar que la Ley 3/2003 de Baleares y la Ley Foral 6/2006 atribuyeron la resolución de los recursos administrativos en materia de contratación a sus respectivas Juntas Consultivas de Contratación.

## **B) La creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**

Como una de sus principales novedades, la Ley 34/2010 prevé que en el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación corresponderá al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un número mínimo de dos vocales<sup>14</sup>.

Podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de cuerpos a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

---

<sup>14</sup> El proyecto de Ley de modificación de la LCSP contemplaba un mínimo de tres vocales, pero se cambió a dos vocales tras la aprobación de la enmienda nº 20 del Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5).

El Presidente del Tribunal deberá ser funcionario de cuerpo para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

La designación del Presidente y los Vocales de este Tribunal se realizará por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia. La duración del nombramiento será de seis años y no podrá prorrogarse. Para la provisión de estos puestos se publicó la correspondiente convocatoria en el Boletín Oficial del Estado el 16 de agosto de 2010, es decir, dentro de los siete días siguientes a la publicación de la Ley 34/2010, tal y como preveía su disposición transitoria primera <sup>15</sup>.

Los designados tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes:

- a) Por expiración de su mandato.
- b) Por renuncia aceptada por el Gobierno.
- c) Por pérdida de la nacionalidad española.
- d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
- e) Por condena a pena privativa de libertad o inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito doloso <sup>16</sup>.
- f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

La disposición adicional primera de la Ley 34/2010 prevé que a medida que el número de recursos sometidos a su conocimiento y resolución lo exija se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de capitales de Comunidad Autónoma.

Para su funcionamiento, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales requiere del desarrollo reglamentario de lo dispuesto por la Ley 34/2010. En este sentido y dado que el plazo para transponer la Directiva 2007/66/CE finalizó el 20 de diciembre de 2009, el Consejo de Estado en su dictamen núm. 499/2010, de 29 de abril de 2010 recomendó que se procediera a la elaboración de las normas reglamentarias precisas

---

<sup>15</sup> Orden EHA/2237/2010, de 10 de agosto, por la que se convoca la provisión de puestos de Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

<sup>16</sup> La redacción de la causal proviene de la enmienda nº 21 del Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5).

“pari passu” y a la aprobación de las mismas, en el más breve plazo posible una vez aprobada la ley.

En el marco de lo establecido por la Directiva 2007/66/CE, las Comunidades Autónomas podrán crear un órgano propio para resolver los recursos que se planteen en sus propios procesos de contratación, si bien la Ley 34/2010 también permite la posibilidad de que encomienden voluntariamente la resolución de los mismos al Tribunal Administrativo Central<sup>17</sup>.

Puesto que el Tribunal Constitucional expresamente ha admitido que el Estado legisle con carácter supletorio sobre materias de competencia autonómica en los supuestos en que se trate de incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria, se prevé en la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 un régimen para las Comunidades Autónomas aplicable en tanto no hayan creado sus propios órganos encargados de la resolución de recursos.

En tanto una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad prevista en los artículos 37 a 39 de la LCSP, o en los artículos 109 a 111 de la LCSE, o interponerse el recurso contra los actos indicados en el artículo 310.1 y 2 de la primera o en el artículo 101.1 de la segunda, y qué efectos derivarán de su interposición, serán de aplicación las normas que establece la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010<sup>18</sup>.

En el caso de las Corporaciones locales, el artículo 311.3 de la LCSP prevé que la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponderá al mismo órgano independiente creado para resolver los de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se integran.

Cuando la Comunidad Autónoma hubiere optado por atribuir la competencia al Tribunal Central de Recursos Contractuales, se entenderá que todas las Entidades Locales integradas en su territorio atribuyen la competencia para resolver los recursos especiales interpuestos contra sus actos a este mismo Tribunal.

En las Comunidades Autónomas que tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación, las normas anteriores sólo serán

---

<sup>17</sup> En cuyo caso deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, “en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias” (párrafo 4 del apartado 2 del artículo 311 de la LCSP).

<sup>18</sup> El texto de la disposición transitoria segundo fue introducido por la enmienda nº 32 del Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5), que añadió expresamente previsiones sobre las reclamaciones de la LCSE.

de aplicación si no hubieran establecido un régimen propio en relación con la competencia para resolver<sup>19</sup>.

Ahora bien, las propias Corporaciones locales podrán atribuir individualmente la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado en el que se estipulen las condiciones en que la Corporación sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Este convenio se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el de la Comunidad Autónoma y no producirá efectos hasta que se haya publicado en ambos.

En el Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP se preveía la posibilidad de creación de órganos independientes para la resolución del recurso especial por parte de las Diputaciones Provinciales<sup>20</sup>, pero esta opción no pasó finalmente al Proyecto de Ley presentado en el Congreso.

### **C) Otras posibilidades de órganos encargados de la resolución del recurso especial. La descartada opción de atribuir el conocimiento del recurso especial a la jurisdicción contencioso administrativa**

Las directivas sobre recursos permiten a los Estados optar entre un órgano jurisdiccional o un órgano administrativo para la resolución de los recursos en materia de contratación. En ambas opciones las exigencias comunitarias pretenden garantizar la existencia de procedimientos que permitan corregir las infracciones producidas en el desarrollo de procedimientos de licitación pública con rapidez y eficacia. Así se desprende con claridad de la jurisprudencia europea, como se puede comprobar del análisis de las sentencias Köllensperger, de 4 de Febrero de 1999, asunto C-103/97, y HI, de 4 de Marzo de 1999, asunto C-258/97, que recuerdan que:

“En virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 8 del artículo 2, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos.

La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en

---

<sup>19</sup> Esta precisión fue establecida por la enmienda nº 38 del Grupo Parlamentario Catalán (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de junio de 2010, Serie A, núm. 79-5), que se justificó por la falta de sentido de que los entes locales atribuyan la competencia para la resolución de recursos contra sus actos a órganos alejados del territorio, mas cuando las Comunidades Autónomas en las que radican hayan procedido a la creación de órganos específicos.

<sup>20</sup> Se preveía en el Anteproyecto (en el texto propuesto para el apartado 3 del nuevo artículo 311 de la LCSP), que la designación del titular del órgano se efectuaría por el Consejo de Ministros a propuesta del Presidente de la Diputación a través del Ministro de Economía y Hacienda entre funcionarios juristas de reconocida competencia y con más de 10 años de ejercicio profesional.

atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665.”

Asimismo, en la sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

En la elaboración del Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP, el Gobierno se planteó residenciar la competencia para resolver este recurso directamente en la jurisdicción contencioso-administrativa (más concretamente, en los Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso-Administrativo). Sin embargo, tras el análisis realizado por diferentes órganos del Ministerio de Justicia se llegó a la conclusión de que, por diversas razones, no era esa la solución preferible. Así, la Secretaría General Técnica del citado Ministerio subrayó que tal atribución de competencia supondría la posibilidad de que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha jurisdicción, lo que exigiría introducir la correspondiente modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en cierta medida conduciría a desnaturalizar esa jurisdicción. Adicionalmente, señala que "la Secretaría de Estado de Justicia ha cuestionado la oportunidad de introducir, de una forma u otra, procedimientos especiales para dar prioridad al conocimiento y resolución de determinadas cuestiones o reducir plazos al respecto, debido a que no se cuenta con los medios necesarios para cumplir tales exigencias<sup>21</sup>.

Hay que advertir que el informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de febrero de 2010, sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP, no se pronunció expresamente sobre la opción de atribuir a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación y de la denominada cuestión de nulidad. En efecto, el citado informe sólo se ocupó de examinar la reforma proyectada para los artículos 10 y 11 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En la tramitación de la Ley de modificación de la LCSP, se planteó también la posibilidad de atribuir la competencia a una sala especializada en materia contractual dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central, opción que fue desechada, entre

---

<sup>21</sup> Véase el dictamen del Consejo de Estado nº 499/2010, apartado VI, B), a).

otras razones, por la falta de especialización en materia contractual de sus miembros y la insuficiencia de medios humanos y materiales para cubrir ese nuevo ámbito de actuación.

Pero existían otras opciones como la atribución de la facultad de control de legalidad en la contratación pública a las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa estatal y autonómicas debido a su independencia y especialización por razón de la materia<sup>22</sup>, o a las autoridades estatales y autonómicas de defensa de la competencia<sup>23</sup>.

Finalmente se optó porque sea un órgano administrativo independiente y de nueva creación el que asuma directamente la competencia de resolución del recurso especial. En el ámbito de la Administración General del Estado, dicho órgano es el denominado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aunque como hemos visto está prevista, a medida que aumente el número de asuntos, la creación de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma (disposición adicional primera de la Ley 34/2010).

Ahora bien, sin duda la opción que mejor se hubiera adecuado a las exigencias comunitarias de asegurar la efectividad de las garantías en los recursos en materia de contratación pasaba por configurar un recurso especial de carácter jurisdiccional, cuyo conocimiento se atribuyese a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Como señala el Consejo de Estado en su dictamen 499/2010, los argumentos expuestos por el Gobierno en el expediente que llevaron a desechar esta opción no son concluyentes. No hay que olvidar, en este sentido, que el ordenamiento jurídico español ofrece varios ejemplos de procedimientos especiales residenciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los que, por razón de la materia afectada, se verifica un acortamiento de los plazos para tramitar y resolver los recursos presentados (procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, artículos 114 a 122 de la LJCA; cuestión de ilegalidad, artículos 123 a 126 de la LJCA y procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos, artículo 127 de la LJCA). Por otra parte, desde el punto de vista de su operatividad, este hipotético modelo no habría de exigir necesariamente una mayor proyección temporal que el modelo proyectado (pues, con arreglo a este último, la celeridad que podría

---

<sup>22</sup> Tesis que defendió GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, 2006, p. 300.

<sup>23</sup> Como había propuesto BERASATEGUI, J., "El control administrativo independiente de la contratación Pública", *Diario La Ley* num. 6650, 13 de febrero de 2007.

Del mismo autor puede consultarse el trabajo "El sistema de control y revisión de la contratación pública en la Unión Europea y España", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 38, 2008, págs. 21-50.

pretender ganarse en la primera fase de recurso administrativo, a pesar de la experiencia práctica habida en relación con este tipo de órganos, podría perderse en la segunda fase, de recurso ante la jurisdicción contencioso- administrativa).

Otro argumento a favor de la resolución judicial del recurso especial es que se trataría de la opción que mejor garantizaría la independencia del "órgano de recurso", en el marco de las exigencias establecidas en la Directiva 2007/66/CE, superando los problemas que en este sentido puede plantear la adscripción del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al Ministerio de Economía y Hacienda.

En fin, la atribución jurisdiccional del recurso contribuiría a simplificar la compleja estructura organizativa que prevé la Ley 34/2010, con la creación de órganos especializados en todas las Administraciones territoriales, salvo en las Entidades locales.

## **5. EL NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN Y DE PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS. LA ALTERACIÓN DEL CARÁCTER ANTIFORMALISTA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON LA APROBACIÓN DE LA LEY 34/2010**

La Ley 34/2010 suprime la dualidad entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva, una de las grandes novedades de la LCSP frente al TRLCAP y, además, modifica la regla de la LCSP por virtud de la cual los contratos se perfeccionan mediante su adjudicación, estableciéndose ahora que su perfeccionamiento se verifica con su formalización.

De esta forma se reacciona por el legislador español, eso sí tardíamente, a la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión contra España, y al dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español del citado pronunciamiento judicial.

La sentencia de 3 de abril de 2008 declaró que

"el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben 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 públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 , al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión 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".



En el dictamen motivado 260 2190/2002, la Comisión Europea señaló que el recurso contra la adjudicación provisional previsto en la LCSP no equivalía al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permitía a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, por lo que consideró que se trataba de un recurso ineficaz.

Así lo estimó el Tribunal de Justicia en relación con el régimen establecido en el TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio . Entre otras consideraciones de la sentencia de 3 de abril de 2008, el TJUE recordó que la protección jurídica completa que debe garantizarse antes de la celebración del contrato, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, implica en particular la obligación de informar a los licitadores de la decisión de adjudicación antes de la celebración del contrato, con objeto de que éstos dispongan de una posibilidad real de recurrir. Esta misma protección exige que se conceda al licitador excluido la posibilidad de examinar en el momento oportuno la cuestión de la validez de la decisión de adjudicación. Habida cuenta de las exigencias del efecto útil de la Directiva sobre recursos, “de ello se infiere que debe mediar un plazo razonable entre el momento en que se comunica a los licitadores excluidos la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, para que éstos puedan, en particular, interponer una demanda de medidas provisionales hasta el momento de dicha celebración”.

Para el Tribunal, en la medida en que en el TRLCAP el acto de adjudicación implicaba de iure la celebración del contrato, resultaba de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta eligía, entre los licitadores, al adjudicatario no podía ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato.

Además, la sentencia subrayó que en la legislación española la formalización del contrato podía ser concomitante a su adjudicación, o seguirla en muy breve plazo. En efecto, dicha formalización no estaba sujeta a plazo mínimo alguno y podía llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario hubiese acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente el TRLCAP que dicha constitución tuviera lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato podía comenzar antes de que se hubiesen practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas.

De ello se desprendía que, en determinados supuestos, “no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 12

de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. 11617, apartado 74)" - apartado 44 de la sentencia de 3 de abril de 2008-.

Pero las conclusiones del TJUE respecto del TRLCAP las reitera con razón la Comisión Europea también en relación con la LCSP, que sigue, a su juicio, sin prever un plazo entre la adjudicación definitiva y la celebración del contrato que permita a los licitadores excluidos disponer de una posibilidad de interponer un recurso eficaz contra la decisión de adjudicación definitiva antes de que el contrato se haya celebrado y formalizado.

Para la Comisión, el acto de adjudicación provisional, unido a la nueva vía de recurso contra tal adjudicación provisional que instrumenta el artículo 37 de la LCSP, tampoco suponen un plazo entre adjudicación y celebración que permita interponer un recurso eficaz con anterioridad a la celebración del contrato, incumpliendo igualmente los requisitos establecidos en el apartado 1, letras a) y b), del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE.

En efecto, el régimen jurídico que se derivaba de la lectura sistemática del artículo 37 (regulador del recurso especial en materia de contratación) y de las distintas disposiciones de la LCSP relativas a la adjudicación de los contratos (en particular, los artículos 27 y 135 ), permitía concluir que la adjudicación provisional era una fase insuficientemente articulada en la LCSP para los contratos celebrados por las Administraciones públicas que no se consideren sujetos a regulación armonizada, para los cuales, al no existir la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación, sólo cabía impugnar el acto administrativo de adjudicación provisional a través de un recurso administrativo de la LRJPAC o contencioso-administrativo de la LJCA, ninguno de los cuales se adecuaba en sus plazos de interposición o resolución ni en sus características (efectos no suspensivos) al desarrollo procedimental del artículo 135 de la LCSP -como sí lo hacía el recurso especial-<sup>24</sup>.

En este sentido, hay que tener en cuenta también que el recurso especial que introdujo novedosamente en nuestro Derecho el artículo 37 de la LCSP no permitía impugnar ninguna decisión o acto de los órganos de contratación posterior a la decisión de adjudicación provisional<sup>25</sup>. Además, el recurso especial tenía un plazo de

---

<sup>24</sup> El Informe 18/2008 de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, analiza el complejo sistema de recursos contra los actos de adjudicación derivado de la nueva LCSP.

<sup>25</sup> Desde la entrada en vigor de la LCSP, no cabe duda de que una de las cuestiones más polémicas y que más dificultades de interpretación ha ocasionado a los órganos de contratación y a los licitadores es, sin duda, el sistema de recursos a interponer frente a las adjudicaciones provisional y definitiva de los contratos

Acerca de los recursos y el alcance de los mismos en relación con los actos de adjudicación provisional y definitiva de los contratos se han pronunciado varios informes de las juntas

presentación, a partir de la notificación de la decisión de adjudicación provisional, que no en todos los casos era suficientemente largo como para garantizar la eficacia del recurso (el apartado 6 del artículo 37 de la LCSP preveía que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación sería de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado). La situación era especialmente grave en el caso de que el acto recurrido fuera el de adjudicación provisional del contrato, ya que el plazo se contaría desde el día siguiente a aquél en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4 de la LCSP.

Pues bien, la Comisión considera en su dictamen motivado 260 2190/2002 que el plazo previsto para interponer recurso era excesivamente breve para que los licitadores que consideren lesionados sus derechos dispusiesen de una posibilidad real de recurrir; y que, a efectos de preservar el derecho de los licitadores excluidos a una vía de recurso eficaz, no cabía sustituir la notificación oficial de la decisión de adjudicación por la publicación en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación. Adicionalmente, se cuestionaba que, aun después de notificada la decisión de adjudicación provisional, los motivos de la misma podían no haberse dado a conocer, pues había de mediar previa solicitud para obtener dicha información.

El artículo 27 de la LCSP, en su redacción dada por la Ley 34/2010, establece que “los contratos que celebren los poderes adjudicadores, se perfeccionan con su formalización”.

Con la nueva regulación de la perfección de los contratos se transforma la tradicional naturaleza antiformalista de los contratos públicos en España, por lo que los cimientos del sector de la contratación pública en el ordenamiento jurídico español se vuelven a ver alterados por influencia europea. Ya la LCSP había incorporado en el Derecho español de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho de la Unión Europea, definiendo en su troncal artículo 1 su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Frente a la tradición española, extendida hasta el TRLCAP, que resaltaba como objetivo fundamental de la normativa en la materia la garantía de los intereses públicos dentro del contrato, con una legislación basada en la

---

consultivas de contratación estatal y autonómicas. El primero en hacerlo fue el informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, más tarde se dictó el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 48/2008, de 29 de enero de 2009 (cuyas conclusiones reitera el informe 33/09, de 1 de febrero de 2010) y, posteriormente, hay que destacar el Informe 13/08, de 30 de julio de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares y la Circular interpretativa de la misma 1/2009, de 30 de julio, sobre el sistema de recursos y reclamaciones contra los actos de adjudicación de los contratos de los entes del sector público.

figura del contrato administrativo y defensora de las prerrogativas públicas en los mismos, la LCSP se apoya directamente en el Derecho comunitario de la contratación pública y antepone a todos los demás objetivos asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

Desde la LCE de 1965 a la LCSP de 2007, pasando por la LCAP de 1995 y el TRLCAP de 2000, la contratación administrativa era eminentemente formalista, como se desprendía de la Administración no pudiera contratar verbalmente y de que el inicio de la ejecución del contrato dependiera de su formalización. Sin embargo, la forma escrita ha carecido hasta la fecha de carácter constitutivo. El contrato no se perfeccionaba con la formalización sino con la adjudicación. De acuerdo con la redacción originaria del artículo 27.1 de la LCSP, “los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella”. Desde la adjudicación definitiva el contrato existía y obligaba como tal. El incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato no afectaba a la existencia ni a la validez del contrato; y de ahí que la falta de formalización del contrato por causas imputables al contratista determine su resolución con incautación de la garantía. Se seguía, pues, la regla general de que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento (artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil).

Cuando la LCSP estableció como novedad frente a la regulación anterior la distinción entre las fases de adjudicación provisional y definitiva, se mantuvo el carácter antiformalista. Las dos fases se separaron por un lapso de quince días hábiles y durante los diez primeros días de ese plazo podían los interesados interponer el recurso especial en materia de contratación, que producía de forma automática la suspensión del procedimiento, suspensión que se mantenía hasta la resolución del recurso.

Con la Ley 34/2010 se suprime la fase de la adjudicación provisional y se exige una determinada forma para que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se perfeccionen. La formalización pasa pues a ser constitutiva del contrato.

Como establece con su nueva redacción el artículo 140 de la LCSP, los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público.

Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al nuevo artículo 310.1 de la LCSP, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.

## **6. LAS INSUFICIENCIAS DE LA REFORMA LEGAL EN LA CONFIGURACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

### **A) La limitación del ámbito de aplicación del recurso a los contratos sujetos a regulación armonizada**

Tras la reforma operada por la Ley 34/2010, la regulación del recurso especial en materia de contratación sigue mostrando decisivas carencias, principalmente porque afecta sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada -con el añadido de algunos contratos de servicios y de gestión de servicios públicos-<sup>26</sup>, olvidándose de las exigencias del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública recogidas en especial en la jurisprudencia del TJUE<sup>27</sup>.

La distinción entre los mecanismos de control, según el contrato esté o no sujeto a la regulación armonizada, genera inseguridad jurídica y en modo alguno garantiza el cumplimiento de las exigencias comunitarias de rapidez y eficacia en materia de recursos relacionados con el control de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. La garantía de la rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias surgidas en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos resulta exigible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Como señaló el TJUE en el asunto Alcatel (asunto C-81/98, STJUE de 28 de octubre de 1999), cuando sea dudoso que el órgano jurisdiccional nacional pueda reconocer a los justiciables un derecho a recurrir en vía jurisdiccional en materia de adjudicación de contratos públicos en las condiciones enunciadas en la Directiva 89/665, en particular en su artículo 2, apartado 1, letras a) y b) , debe recordarse que, si las disposiciones nacionales no pueden ser interpretadas de manera conforme a la Directiva 89/665, los interesados pueden solicitar, con arreglo a los procedimientos apropiados del Derecho nacional, la reparación de los perjuicios sufridos a causa de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> El recurso especial no se aplica a todos los contratos del sector público, sino sólo a los que identifica el apartado 1 del artículo 310 . En este punto no ha habido reforma alguna en la nueva regulación frente al ámbito de aplicación que establecía el artículo 37.1 de la LCSP.

<sup>27</sup> En especial puede verse la ya citada STJUE de 3 de abril de 2008, en el asunto C-444/06, Comisión contra España.

Al respecto, vid. GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de contratos del Sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 312 y MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático*, La Ley, 2º ed., 2009, p. 414.

<sup>28</sup> Véase, en particular, la sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845.

La limitación del ámbito de aplicación del recurso especial a los contratos SARA fue ya criticada por el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de LCSP, para el cual:

“esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada”.

En la misma idea ha insistido el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP, la LCSE y la LJCA.

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 18/2008, de 21 de julio, también concluye que carece de justificación la limitación del recurso a los contratos armonizados.

En los recursos previstos en la legislación sobre contratos públicos de las Comunidades Autónomas de las Islas Baleares (artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo) y Navarra (artículo 210 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)<sup>29</sup>, no se atiende al valor del contrato.

Hay que tener en cuenta que en todo caso en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos son aplicables los principios de la contratación como ha señalado una reiterada jurisprudencia del TJUE<sup>30</sup> y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública<sup>31</sup>.

En los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las directivas sobre contratación pública, la jurisprudencia del TJUE ha insistido en que las

---

<sup>29</sup> Véase RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública”, *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley 6/2006, de 9 de junio)* (dirección ALLI ARANGUREN, J. C.), Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, págs. 734 y ss.

<sup>30</sup> Véanse, por todos, los asuntos C-324/98, Telaustria [2000] REC I-10745, considerando 62; C - 231/03 Coname, sentencia de 21.7.2005, considerandos 16 a 19 y C -458/ 03, Parking Brixen, sentencia de 13.10.2005, considerando 49.

Un análisis de esta jurisprudencia puede consultarse en MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, editorial Bomarzo, Albacete, 2006.

<sup>31</sup> Comunicación 2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006.

personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario<sup>32</sup>. El derecho a esta protección constituye uno de los principios generales de Derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

De forma muy ilustrativa, la citada Comunicación de la Comisión señala en su apartado 2.3.3 que:

“En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario.

Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión.

De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)”.

Como razona GIMENO FELIÚ<sup>33</sup>, pretender la existencia de controles eficaces para los contratos de umbral comunitario en exclusiva supone un evidente incumplimiento del principio comunitario de equivalencia.

En la Sentencia del TJUE, Tribunal General (Sala Quinta), de 20 de mayo de 2010, asunto T-258/06, República Federal de Alemania contra Comisión, el Tribunal declaró la inadmisibilidad del recurso que solicitaba la nulidad de la Comunicación de la Comisión 2006/C 179/02, entendiéndose que si bien es cierto que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase un determinado umbral previsto expresamente en cada una de ellas; sin embargo, ello no significa que los contratos que estén por

---

<sup>32</sup> Véase el asunto C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores [2002] RTJ I-6677, considerando 39.

<sup>33</sup> *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 313.

debajo de los umbrales estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en lo relativo a la adjudicación de contratos públicos que, habida cuenta de su valor, no están sujetos a los procedimientos previstos por la normativa comunitaria, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado CE en general y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en particular<sup>34</sup>.

Ello queda confirmado además tanto por el considerando noveno de la Directiva 2004/17, en virtud del cual, «para los contratos públicos cuyo importe sea inferior al que hace necesaria la aplicación de las disposiciones sobre coordinación comunitaria, conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conforme a la cual son aplicables las normas y principios del Tratado [a saber, el principio de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión particular, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y la obligación de transparencia]», como por los considerandos primero y segundo de la Directiva 2004/18, que se refieren a la aplicación de esos mismos principios a toda la contratación pública en los Estados miembros, supere o no los umbrales.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una obligación de transparencia que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados<sup>35</sup>, y tanto el considerando noveno de la Directiva 2004/17 como el considerando segundo de la Directiva 2004/18 confirman tal obligación.

En la actualidad el Derecho comunitario aplicable a la contratación pública no está integrado sólo por las Directivas sobre contratos -singularmente por la 2004/17 y la 2004/18/CE-, sino también y de forma si cabe más relevante por los principios del Tratado de la Comunidad tal y como han sido interpretados por el Tribunal europeo de Justicia. En efecto, éste, a través de una lúcida y ya muy consolidada doctrina, ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de

---

<sup>34</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 29 y de 6 de abril de 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 18.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia *Unitron Scandinavia* y 3-S, anteriormente citada, apartado 31.



ser limitado <sup>36</sup> -los umbrales de las directivas son los que se utilizan en la LCSP para definir los contratos sujetos a regulación armonizada-, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Así, el máximo intérprete del ordenamiento jurídico europeo, tras comprobar cómo las Directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, "a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado". La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH, resulta muy ilustrativa cuando concluye que "pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad".

La Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y señala significativamente en su considerando segundo que "la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia".

## **B) La falta de previsión de medidas para garantizar la rapidez y eficacia de los recursos en materia de contratación pública ante la jurisdicción contencioso-administrativa**

---

<sup>36</sup> Los artículos 7 de la Directiva 2004/18/CE y 16 de la Directiva 2004/17/CE fijan el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos; y también quedan fuera de las normas europeas los contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directivas.

Las directivas de recursos imponen como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (artículo 1.1 de la Directiva 89/665), en particular en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse<sup>37</sup>. A tal efecto, los Estados deben velar para que los procedimientos de recurso que establezcan prevean los poderes necesarios "para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados" (artículo 2.1.a), "para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales" (artículo 2.1.b) y "para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción" (artículo 2.1.c).

El apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 (apartado 9 tras la reforma introducida por la Directiva 2007/66) establece que "cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes".

Pero con independencia de la solución adoptada en cada país para organizar el sistema de control de los contratos públicos, resulta imprescindible que se garantice que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible<sup>38</sup>.

En ambas opciones las exigencias comunitarias pretenden garantizar la existencia de procedimientos que permitan corregir las infracciones producidas en el desarrollo de

---

<sup>37</sup> Véanse las sentencias del TJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartados 33 y 34, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-0000, apartado 74.

<sup>38</sup> Véase la sentencia del TJUE de 28 de enero de 2010 (asunto C-456/08, Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda).

procedimientos de licitación pública con rapidez y eficacia. Así se desprende con claridad de la jurisprudencia europea, como se puede comprobar del análisis de las sentencias Köllensperger, de 4 de Febrero de 1999, asunto C-103/97, y HI, de 4 de Marzo de 1999, asunto C-258/97, que recuerdan que:

“En virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 8 del artículo 2, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos.

La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665.”

Asimismo, en la sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

Pues bien, en España se han realizado ya diversas modificaciones en la legislación de contratos que han afectado a los recursos en vía administrativa y a la adopción en esta misma vía de medidas provisionales. La principal de estas reformas es que la que dio lugar a la introducción del recurso especial en materia de contratación realizada a través del artículo 37 de la LCSP, que a su vez recogió lo dispuesto por el artículo 60.bis del TRLCAP, introducido mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre <sup>39</sup>. La última de las reformas es la llevada a cabo por la Ley 34/2010 que como ha sido objeto de análisis en este mismo trabajo ha introducido el nuevo Libro VI en la LCSP.

Sin embargo, el legislador se ha negado hasta la fecha a introducir reformas en relación con los recursos contencioso-administrativos que se puedan plantear por los

---

<sup>39</sup> Esta regulación trajo causa de la sentencia del TJUE de 15 mayo de 2003, asunto C-214/2000, Comisión contra España. Pero la respuesta del legislador español a través de la introducción del artículo 60.bis del TRLCAP fue claramente insuficiente, lo que llevó a GARCIA DE ENTERRÍA a proponer la aplicación preferente y directa de la directiva recursos (“Artículo 60 bis. Medidas provisionales”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 324).

También criticaron la regulación del TRLCAP, DE LA SIERRA, S., “Las medidas cautelares en la contratación pública”, *RAP* 164 (2004), p. 229 y GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 315.

licitadores en el curso de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Pese a las demandas de la doctrina en este punto, en la normativa reguladora de la jurisdicción contenciosa no se ha previsto medida alguna para intentar garantizar una mayor rapidez en la resolución de los recursos o para suspender de forma automática la celebración del contrato cuando el recurso se plantee contra la decisión de adjudicación del contrato como exige el artículo 2.3 de la Directiva 89/665, tras su modificación por la Directiva 2007/66<sup>40</sup>.

El ordenamiento jurídico español ofrece varios ejemplos de procedimientos especiales residenciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los que, por razón de la materia afectada, se verifica un acortamiento de los plazos para tramitar y resolver los recursos presentados (como el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona o la cuestión de ilegalidad).

En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del “référé précontractuel” francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2000<sup>41</sup>), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos<sup>42</sup> o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales

---

<sup>40</sup> Véase BAÑO LEÓN, J.M., “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección GÓMEZ FERRER, R.), Civitas, Madrid, 2004, págs. 348 y ss.; TORNOS MAS, J., “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones públicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 59 (2006), p. 51; LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, “El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales* (dir. MORENO MOLINA, J.A.), CEMCI, Granada, 2008, p. 305; ORDÓÑEZ SOLIS, D., *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 294 y NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): *El Derecho de los contratos públicos*, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 329 y ss.

<sup>41</sup> El “référé précontractuel” es un recurso jurisdiccional urgente de carácter preventivo, que debe plantearse antes de la conclusión del contrato, y que destaca por los amplios poderes de que dispone el juez administrativo para su resolución, pudiendo anular las decisiones que considere antijurídicas y suprimir las cláusulas y prescripciones que supongan limitación a la publicidad o a la concurrencia. Su decisión, que debe recaer en un plazo máximo de veinte días, es inmediatamente ejecutoria, siendo susceptible de recurso de casación ante el Conseil d’État (artículos L 551-1 y 2 y R 551-1 a 4 del Código de Justicia Administrativa, introducidos por Ley de 4 de enero de 1992 y Decreto de 7 de septiembre de 1992, respectivamente).

<sup>42</sup> Véase GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 299.

Al respecto también puede consultarse los trabajos de BAÑO LEÓN, J.M., “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección GÓMEZ FERRER, R.), Civitas, Madrid, 2004, págs. 330 y ss. y “El Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en *Anuario de Derecho Local* 1995, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 44 y ss. y FONT I LLOVET, T., “Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor S. Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1464 y ss.

Administrativos (Ley 15/2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, “De las impugnaciones urgentes”, del Título IV, “De los procesos urgentes”) <sup>43</sup>.

La problemática comentada adquiere mayor gravedad con la aprobación de la Ley 34/2010 en la medida en que caracteriza al recurso especial en materia de contratación pública como potestativo (apartado 6 del artículo 310), lo que como advierte BERNAL BLAY <sup>44</sup> supone de facto la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación.

Ahora bien, de las dos opciones que tendrán a su disposición los licitadores para impugnar un procedimiento de adjudicación de un contrato público, mientras una (recurso especial del artículo 310 de la LCSP) se caracteriza por las notas de rapidez, eficacia y suspensión automática del expediente de contratación, la otra (recurso contencioso administrativo del artículo 46 de la LJCA) no cumple en la actualidad ninguno de esos requisitos.

En especial, hay que tener en cuenta que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso (si no lo fuera, el plazo será de seis meses); que la suspensión en el proceso contencioso se rige por las reglas de los artículos 129 y 130 de la LJCA y que la duración de los asuntos en la jurisdicción contencioso administrativa se extiende a muchos meses (de acuerdo con los datos del CGPJ correspondientes a 2008, la duración media de los procesos ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo es de 10,6 meses, ante las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia es de 29 meses, ante el Juzgado Central de lo Contencioso es de 11,8 meses, ante la Sala Contenciosa de la Audiencia Nacional es de 18,1 meses y ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo es de 20,9 meses <sup>45</sup>).

---

<sup>43</sup> Véase sobre este recurso, que se destaca junto a los de Francia y Alemania y en contraste con la ausencia de una regulación similar en España, NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): *El Derecho de los contratos públicos*, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pág. 329.

<sup>44</sup> BERNAL BLAY, M.A., “Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 100 (2010), págs. 31 y ss.

<sup>45</sup> Consejo General del Poder Judicial, *La Justicia dato a dato. Año 2008*, Madrid, 2009. La publicación ofrece las cifras clave que describen los distintos aspectos del sistema judicial español en el año 2008 con algunas comparativas con datos de años anteriores. En la página web del Consejo general del Poder Judicial, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), se puede consultar el contenido de la publicación.

---

Acerca de la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con un pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, pueden verse las ediciones anuales elaboradas por MARTÍN REBOLLO, L. de las *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), "Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa".