



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 499/2010

SEÑORES:

Rubio Llorente, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez-de Miñón
Ledesma Bartret
Sánchez del Corral y del Río
Manzanares Samaniego
Alonso García
García de la Concha
Oreja Aguirre
Peña Pinto
Conde-Pumpido Tourón
Rodríguez Fernández
Carnicer Díez
De Fuentes Bardají
Biglino Campos
Valcárcel Bernaldo de Quirós
Laborda Martín
Recalde Díez
Rubiales Torrejón
Tocino Biscarolasaga
Silva Sánchez
Ortega y Díaz Ambrona
Martín Oviedo, Secretario General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 29 de abril de 2010, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"Por Orden comunicada de V. E. de fecha 26 de marzo de 2010 (con registro de entrada el mismo día), el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria.

De los antecedentes remitidos resulta:

PRIMERO. Contenido del anteproyecto

El anteproyecto sometido a consulta se inicia con una exposición de motivos que comienza haciendo referencia a la disposición que se encuentra en el origen de la reforma proyectada: la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo



CONSEJO DE ESTADO

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. Esta Directiva tiene como objetivo potenciar los mecanismos previstos en el ordenamiento comunitario al permitir que los candidatos y licitadoras que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección, contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz. Para ello se articulan diversas medidas entre las que cabe destacar las siguientes: suspensión del acuerdo de adjudicación hasta que transcurra un plazo suficiente para que los interesados puedan interponer sus recursos; mantenimiento de la suspensión hasta que se resuelva sobre el fondo del recurso o, al menos, sobre el mantenimiento mismo de la suspensión; y posibilidad de adoptar cualesquiera medidas cautelares tendentes a asegurar los efectos de la resolución que pueda adoptarse en el procedimiento de recurso o a evitar los daños que puedan derivarse del mantenimiento del acto impugnado.

M
A continuación, la exposición de motivos señala que la finalidad de la reforma proyectada es la de establecer un procedimiento de trámites ágiles en que la decisión resolutoria pueda adoptarse en el tiempo más breve posible, sin dejar de atender a la garantía de los derechos de los interesados. Y precisa que las vigentes Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, ya contienen diversas previsiones reguladoras de los recursos o reclamaciones, según los casos, que pueden interponerse contra los actos de adjudicación o contra los actos del procedimiento administrativo que les sirve de base, previéndose en ambos supuestos un plazo de suspensión subsiguiente a la adjudicación, la suspensión del acto como consecuencia de la interposición del recurso o reclamación y la adopción de medidas cautelares.

Sin embargo, la efectiva incorporación de la Directiva 2007/66/CE exige la reforma de algunas de las previsiones vigentes o la introducción de nuevas regulaciones, entre las que la exposición de motivos destaca las siguientes: competencia para la resolución del recurso que, según la mencionada Directiva, ha de atribuirse a un órgano independiente; suspensión de la



CONSEJO DE ESTADO

adjudicación, que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento mismo de la suspensión o sobre el fondo; determinación del momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo de espera y del plazo para la interposición del recurso; contenido de las notificaciones que deben hacerse a los licitadores para comunicarles con suficiente detalle cuál es el resultado de la licitación y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido; refundición en uno solo de los actos de adjudicación provisional y de adjudicación definitiva, haciendo coincidir la perfección del contrato con su formalización; y régimen aplicable a las Comunidades Autónomas en tanto no hayan creado sus propios órganos encargados de la resolución de recursos.

La parte dispositiva del proyecto está integrada por dos artículos, tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

El artículo primero da nueva redacción a diversos artículos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, e introduce algunos nuevos preceptos:

- Se suprime el capítulo VI y se da nueva redacción al capítulo V del título I del Libro I (apartados uno y dos), que pasa a estar integrado por dos secciones: la sección primera, bajo el rótulo "Régimen general", comprende los actuales artículos 31 a 36; la sección segunda, bajo la rúbrica "Supuestos especiales de nulidad", comprende los nuevos artículos 37 ("Supuestos especiales de nulidad contractual"), 38 ("Consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad en los supuestos del artículo anterior") y 39 ("Interposición de la cuestión de nulidad").
- Se añade un título IV al Libro V (apartado tres), con la rúbrica "Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos", que regula las siguientes cuestiones: actos recurribles (artículo 310); órgano competente para la resolución del recurso (artículo 311); legitimación (artículo 312); solicitud de medidas cautelares de carácter provisional (artículo 313); iniciación del procedimiento y plazo de interposición (artículo 314); efectos derivados de la interposición del



CONSEJO DE ESTADO

recurso (artículo 315); tramitación del procedimiento (artículo 316); resolución (artículo 317); determinación de la indemnización (artículo 318); efectos de la resolución (artículo 319); arbitraje (artículo 320).

Se modifican diversos preceptos (apartados cuatro a treinta y seis del artículo primero del anteproyecto): apartado 2 del artículo 17 ("Contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada"); apartado 1 del artículo 21 ("Jurisdicción competente"); apartado 1 del artículo 27 ("Perfección de los contratos"); nuevo apartado 3 del artículo 28 ("Carácter formal de la contratación del sector público"); artículo 31 ("Supuestos de invalidez"); apartado 1 del artículo 34 ("Revisión de oficio"); apartado 1 del artículo 35 ("Efectos de la declaración de nulidad"); apartado 2 del artículo 42 ("Perfil de contratante"); letra d) del apartado 2 del artículo 49 ("Prohibiciones de contratar"); letra e) del apartado 2 del artículo 50 ("Declaración de la concurrencia de prohibiciones de contratar y efectos"); apartado 1, párrafo primero, del artículo 83 ("Exigencia de garantía"); apartado 1 del artículo 87 ("Constitución, reposición y reajuste de garantías"); apartados 1 y 4 del artículo 91 ("Exigencia y régimen" de la garantía provisional); apartado 1 del artículo 92 ("Supuestos y régimen" de las garantías a prestar en otros contratos del sector público); letras b), c) y d) del apartado 2 del artículo 96 ("Tramitación urgente del expediente"); apartado 1 del artículo 99 ("Pliegos de cláusulas administrativas particulares"); apartado 1 del artículo 100 ("Pliegos de prescripciones técnicas"); letras c), d) y e) del apartado 1 del artículo 130 ("Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos"); artículo 135 ("Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato"); apartado 4 del artículo 136 ("Ofertas con valores anormales o desproporcionados"); supresión del apartado 1 del artículo 137 ("Notificación a los candidatos y licitadores"); artículo 138 ("Publicidad de las adjudicaciones"); apartado 2 del artículo 139 ("Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración"); artículo 140 ("Formalización de los contratos"); apartados 1 y 2 del artículo 145 ("Adjudicación"); letra a) del apartado 1 del artículo 174 ("Adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada"); apartado 3 del artículo 181 ("Procedimiento de celebración de acuerdos marco"); nuevo apartado 5 del artículo 182 ("Adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco"); nuevo apartado 6 del artículo 186 ("Adjudicación de contratos en el marco de



CONSEJO DE ESTADO

un sistema dinámico de contratación"); supresión de la letra d) y nueva letra e) del artículo 206 ("Causas de resolución"); supresión del apartado 1 del artículo 208 ("Efectos de la resolución"); disposición adicional vigésimo séptima ("Prácticas contrarias a la libre competencia"); y disposición final séptima ("Títulos competenciales").

El artículo segundo contiene las modificaciones que se pretende introducir en 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:

- Se da nueva redacción al título VII (apartados uno a cinco del artículo segundo del anteproyecto), que pasa a denominarse "Reclamaciones en los procedimientos de adjudicación y declaración de nulidad de los contratos", estructurándose su contenido en dos capítulos: el capítulo I se destina a las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos (artículos 101 a 108) y contiene una regulación similar a la proyectada para la Ley 30/2007; y el capítulo II (artículos 109 a 111) tiene por objeto la regulación de los supuestos especiales de nulidad de los contratos, también similar a la prevista en el marco de la Ley 30/2007.
- Se modifica (apartado seis del artículo segundo del anteproyecto) el apartado 3 del artículo 83 ("Adjudicación de los contratos").

Las tres disposiciones adicionales regulan, respectivamente, el régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y entidades contratantes adscritas a ella, el régimen de los órganos provinciales competentes para resolver los recursos de las Corporaciones Locales y entidades contratantes adscritas a ellas y el régimen de comunicaciones y notificaciones.

Las tres disposiciones transitorias se refieren al régimen de los recursos en tanto no se constituyan los órganos competentes, al régimen supletorio para las Comunidades Autónomas y a los procedimientos en curso.



CONSEJO DE ESTADO

La disposición derogatoria contiene una cláusula de tal carácter de alcance general y, en particular, deroga los artículos 112 a 121 de la Ley 31/2007.

Por último, la disposición final primera da nueva redacción a dos preceptos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: el apartado 1 del artículo 10 (competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia) y el apartado 1 del artículo 11 (competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional). Y la disposición final segunda señala que la futura Ley entrará en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

SEGUNDO. Contenido del expediente

A) Integran el expediente las sucesivas versiones del anteproyecto sometido a consulta (incluida su versión definitiva) y las preceptivas memorias justificativa y económica, así como el informe sobre el impacto por razón de género.

La memoria justificativa examina brevemente los antecedentes normativos, el procedimiento seguido para la elaboración del texto proyectado (habiéndose constituido un grupo de trabajo entre los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia, que finalmente optó por la creación de un órgano *ad hoc*) y el contenido del anteproyecto, limitándose a enunciar, de forma análoga a la exposición de motivos, los grandes objetivos que persigue la reforma proyectada para adecuar la legislación sobre contratos al marco comunitario.

Por su parte, la memoria económica destaca que, puesto que la reforma proyectada mejorará la competencia y calidad de los mercados, se generarán "efectos económicos positivos al dotar de mayor precisión a los dispositivos encaminados a perfeccionar la corrección de los procedimientos de contratación a través de los cuales se canaliza la ejecución de significativas magnitudes de gasto público, equivalentes aproximadamente a un 13% del PIB, según estimaciones de la Comisión Europea".



CONSEJO DE ESTADO

Frente a ello, hay que tener en cuenta que la futura Ley generará una estructura de personal adicional en los niveles estatal, autonómico y local. En particular y por lo que se refiere a la Administración General del Estado, la memoria económica configura un Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con ocho efectivos y prevé otros cuatro efectivos más para el desarrollo de la función de apoyo técnico al Tribunal que corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

B) Constan en el expediente los trabajos preparatorios del anteproyecto, que se iniciaron con la designación del Ministerio de Economía y Hacienda como responsable de los trabajos de transposición de la Directiva 2007/66/CE, en cuyos trabajos compartirá la responsabilidad de transposición con el Ministerio de Justicia (escrito del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de 6 de febrero de 2008).

La preparación del primer borrador culminó el 9 de marzo de 2009 y se sucedieron cuatro textos más, hasta el borrador de fecha 14 de septiembre de 2009, en el que se opta definitivamente por la creación de un órgano administrativo específico para la resolución de los recursos en materia contractual. En este iter procedimental destacan los informes emitidos por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (12 de mayo y 25 de junio de 2009) y el informe del Tribunal Económico-Administrativo Central (29 de julio de 2009).

C) Un nuevo borrador de fecha 24 de septiembre de 2009 es remitido a diversos órganos del Ministerio de Economía y Hacienda: Subdirección General de Coordinación Normativa y Relaciones Institucionales (30 de septiembre de 2009); Abogacía del Estado en la Subsecretaría (5 de octubre de 2009); Dirección General de Política Económica (5 de octubre de 2009); Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI); y Tribunal Económico-Administrativo Central (30 de septiembre de 2009).

Asimismo, destaca el informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 5 de octubre de 2009.

D) Con fechas 12 de noviembre y 10 de diciembre de 2009 se elaboran dos nuevos borradores, siendo ambos remitidos para informe de la



CONSEJO DE ESTADO

Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (informes de 11 y 14 de diciembre de 2009).

Sin perjuicio de formular diversas observaciones, la mencionada Secretaría General Técnica informa favorablemente el anteproyecto de Ley.

E) Un nuevo texto de 17 de diciembre de 2009 se somete a la consideración de las diversas dependencias del Ministerio de Economía y Hacienda.

Formularon observaciones la Subdirección General de Coordinación Normativa y Relaciones Institucionales (17 de diciembre de 2009), la Abogacía del Estado en la Subsecretaría (18 de diciembre de 2009), la Inspección General, la Secretaría de Estado de Economía (21 de diciembre de 2009) y la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos (21 de diciembre de 2009) y la SEPI. También informó el anteproyecto la Comisión Nacional de la Competencia (18 de diciembre de 2009).

M
F) El texto del anteproyecto fue remitido entonces al Consejo de Ministros, habiendo formulado observaciones los siguientes departamentos ministeriales: Ministerio de Política Territorial; Ministerio de la Presidencia; Ministerio de Justicia; Ministerio de Trabajo e Inmigración; y Ministerio de Fomento (acompañándose las observaciones formuladas por Puertos del Estado y por ADIF).

G) Se ha dado audiencia a todas las Comunidades Autónomas, habiendo formulado alegaciones las siguientes: Gobierno de Aragón; Junta de Castilla y León; Generalitat de Cataluña; Comunidad de Madrid; Gobierno de Cantabria; Junta de Andalucía; Junta de Extremadura; Xunta de Galicia; y Generalitat Valenciana.

Asimismo, han informado el anteproyecto las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

H) El anteproyecto de Ley se ha remitido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que ha emitido el correspondiente informe (sin



CONSEJO DE ESTADO

fechar), en el que se informa favorablemente el anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007 y 31/2007.

I) Con fecha 14 de enero se solicitó al Consejo General del Poder Judicial que emitiese su preceptivo informe, en tanto el anteproyecto de Ley suponía la modificación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Con fecha 25 de febrero de 2010 el citado Consejo General emitió su informe, referido exclusivamente a la reforma proyectada de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se considera correcta, habiéndose incorporado a la versión definitiva del anteproyecto sometido a consulta las observaciones de carácter formal realizadas.

J) Con fecha 13 de enero de 2010 se requirió a la Federación Española de Municipios y Provincias para que emitiese su preceptivo informe, en tanto determinadas previsiones del anteproyecto incidían en la contratación local.

M

Únicamente consta el certificado emitido por la Secretaria de la Comisión Nacional de Administración Local, de fecha 26 de enero de 2010, en el que se señala que en la sesión celebrada el día 25 de enero de 2010 el Pleno de dicha Comisión ha informado el aludido anteproyecto de Ley.

K) Asimismo, el anteproyecto de Ley ha estado disponible en el portal *web* del Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio de haberse solicitado expresamente la opinión de las principales entidades representativas de los sectores afectados: Confederación Nacional de la Construcción (CNC); Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN); y Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE).

L) Se preparó una nueva versión del anteproyecto, remitida el 1 de marzo de 2010 a diversas dependencias del Ministerio de Economía y Hacienda.

Consta la conformidad de las Secretarías de Estado de Economía y de Hacienda y Presupuestos (esta última acompaña un informe con diversas



CONSEJO DE ESTADO

observaciones, de fecha 12 de marzo de 2010), así como de la Dirección General de Servicios y Coordinación Territorial.

Finalmente, consta el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda (16 de marzo de 2010).

M) Integran el expediente diversos escritos en los que se examinan las observaciones formuladas y se justifica su incorporación al anteproyecto o su rechazo.

N) Por último, figura como anexo la documentación relativa al expediente seguido por la Comisión Europea contra el Reino de España por incumplimiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, asunto C-444/08.

Y, en tal estado de tramitación, se emite el presente dictamen.

I. Objeto y competencia

El expediente remitido se refiere al anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria.

La competencia corresponde al Pleno de este Consejo, pues, con arreglo a lo dispuesto por el número 2 del artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, "el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: (...) 2. Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo". El dictamen se solicita con carácter urgente con arreglo a lo prevenido en el artículo 19 de la mencionada Ley Orgánica.



CONSEJO DE ESTADO

II. Tramitación

Respecto de la tramitación del proyecto y en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, puede afirmarse que se han atendido las exigencias de índole procedimental que deben seguirse para preparar, con las necesarias garantías, un texto normativo como el ahora examinado.

Constan en el expediente -y así se recoge en los antecedentes- las sucesivas versiones del anteproyecto sometido a consulta (incluida su versión definitiva) y las preceptivas memorias que lo acompañan, así como los informes de los distintos órganos y dependencias administrativas que han intervenido en su elaboración. Asimismo, se ha dado audiencia a las entidades representativas de los sectores afectados.

La memoria justificativa resulta, sin embargo, excesivamente general y no expone con cierto detalle los principales contenidos del anteproyecto de Ley sometido a consulta.

De otra parte, se echa en falta el dictamen del Consejo Económico y Social, pues, según el artículo 7.1 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, dicho Consejo ha de emitir dictamen en relación con aquellos proyectos de norma reglamentaria que revistan una especial trascendencia en la regulación de materias socioeconómicas.

III. Valoración global del anteproyecto. Algunas observaciones de carácter general

La razón de ser del anteproyecto de Ley sometido a consulta se encuentra en la necesidad de adaptar la legislación interna sobre contratación pública a la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, 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. En particular, la Directiva que se transpone trata de articular un sistema de recursos rápidos y eficaces, cuya resolución se encomienda a un órgano independiente del órgano



CONSEJO DE ESTADO

de contratación, reforzando, según indica su considerando (3), las garantías de transparencia y no discriminación previstas en la Directiva 89/655/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 (conocida como Directiva de recursos), y en la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la Comisión Europea ha abierto procedimiento de infracción contra el Reino de España por incumplimiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 abril de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España, asunto C-444/06. Sin perjuicio de que más adelante se expongan las concretas razones que han llevado a la Comisión a dirigir dictamen motivado al Reino de España, debe anticiparse que la posición de la Comisión Europea se encuentra en el origen de la reforma del régimen de adjudicación y de perfección de los contratos del sector público.

El Consejo de Estado valora el esfuerzo realizado para adecuar la legislación española a las exigencias derivadas del dictamen motivado de la Comisión Europea y para hacer efectiva la transposición de la Directiva 2007/68/CE. Sin embargo, el resultado final obtenido —que se concreta en el anteproyecto de Ley sometido a consulta— no es todo lo satisfactorio que debiera, especialmente desde el punto de vista de la opción seguida a efectos de la instrumentación de alguna de las garantías jurídicas que vienen impuestas por la normativa comunitaria. Ello se pondrá de manifiesto al hilo de las concretas observaciones que más adelante se formulan en relación con el texto proyectado.

Con carácter previo, sin embargo, procede realizar algunas propuestas de alcance más general.



CONSEJO DE ESTADO

a) Desarrollo reglamentario

Hay que tener presente el eventual desarrollo reglamentario que puedan requerir algunos aspectos concretos del anteproyecto y, en especial, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En este sentido y dado que el plazo para transponer la Directiva 2007/66/CE finalizó el 20 de diciembre de 2009, sería conveniente que se procediera a la elaboración *pari passu* y a la aprobación, en el más breve plazo posible una vez aprobada la ley, de las normas reglamentarias precisas.

b) Tramitación simultánea de dos reformas de la Ley de Contratos del Sector Público

El Consejo de Estado considera que hubiera sido más acertado el tratamiento conjunto de las dos reformas en curso que afectan a la Ley de Contratos del Sector Público: la que contiene el anteproyecto sometido a consulta y la que forma parte de la futura Ley de Economía Sostenible (cuyo anteproyecto fue informado por este Consejo en dictamen 215/2010, de 18 de marzo). Y ello no sólo para evitar la mayor fragmentación normativa que conlleva esta circunstancia (a la que hay que añadir la modificación puntual de la Ley 30/2007 operada por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo), sino también para evitar posibles discordancias entre ambos textos.

Por ejemplo, el anteproyecto sometido a consulta modifica el artículo 206 (causas de resolución) de la Ley 30/2007: en concreto, suprime su letra d), da nuevo orden alfabético a las restantes letras y reforma la redacción de la letra e). El proyecto de Ley de Economía Sostenible también afecta a ese precepto, introduciéndose una nueva causa de resolución, la que según la redacción vigente se correspondería con la letra h).

Otro tanto ocurre en el caso de los artículos 91.1 y 208 de la Ley 30/2007, que se incluyen dentro del ámbito material de ambas reformas.



CONSEJO DE ESTADO

c) Conveniencia de elaborar un texto refundido

Debe incluirse en el anteproyecto una disposición final por virtud de la cual se autorice al Gobierno para elaborar un texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. A este respecto se recuerda, según el apartado 5 del artículo 82 de la Constitución, que tal autorización deberá otorgarse por plazo determinado y habrá de precisar el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

La necesidad de proceder a la elaboración de dicho texto refundido se comprende fácilmente desde la perspectiva de la seguridad jurídica, especialmente al examinar la ubicación, dentro del texto legal, del nuevo "régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos", que se lleva a un nuevo título, el IV, al final del Libro V, relativo este último a la "organización administrativa para la gestión de la contratación" y en el que se contiene la regulación sobre órganos de contratación, de asistencia y consultivos, registros oficiales y plataforma de contratos.

Es claro que, desde el punto de vista sustantivo, el único punto de conexión entre el ámbito objetivo del mencionado Libro V (que resulta de su título y contenido) y la regulación que se pretende introducir en su nuevo título IV es el relativo a la creación y definición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Por el contrario, la regulación del objeto del recurso, del procedimiento y de otros aspectos del citado régimen especial nada tienen que ver con el objeto de dicho Libro y estarían mejor ubicados al final del Libro III, relativo a la selección del contratista y adjudicación de los contratos, o de modo similar a como figura la regulación del recurso en la redacción vigente (como último capítulo del título I del Libro I) de la Ley. En ambos casos, el problema consistiría en insertar entre ocho y diez artículos en el articulado de la Ley.



CONSEJO DE ESTADO

d) La necesidad de coordinar las modificaciones de alcance similar introducidas en las Leyes 30/2007 y 31/2007

Con carácter general, se subraya la necesidad de coordinar las provisiones de contenido similar que se introducen tanto en la Ley 30/2007 como en la Ley 31/2007.

Es cierto que entre una y otra regulación existen diferencias motivadas por la especificidad de los contratos que constituyen el objeto de la Ley 31/2007. Pero, cuando no exista razón objetiva alguna que justifique la diferencia, ha de tratarse de dar un contenido similar a regulaciones de una misma figura.

e) La forma de ordenar las modificaciones y de introducir las en los preceptos afectados

En primer lugar, se estima que el orden de las modificaciones que se introducen en las Leyes 30/2007 y 31/2007 debiera ser el que resulta de los artículos afectados. Frente a ello, el anteproyecto parece atender de modo principal a la mayor relevancia o a la mayor extensión de los cambios introducidos en las leyes mencionadas.

Por otra parte y en cuanto al modo en que se articulan las modificaciones proyectadas, hay que destacar que normalmente se incluye el título del precepto afectado (aunque no lo sea en su totalidad) y se simplifica la reproducción completa de algunas enumeraciones, incluyendo en el párrafo introductorio correspondiente la explicación relativa a la nueva ordenación. Es el caso, por ejemplo, de las modificaciones que afectan a los artículos 96.2 y 130.1 de la Ley 30/2007.

Sin embargo, no se consideran correctas aquellas modificaciones cuya virtualidad depende únicamente de lo establecido en el párrafo introductorio del apartado correspondiente. Es el caso de la modificación del apartado 2 de la disposición final séptima de la Ley 30/2007, que no reproduce el apartado afectado y se limita a señalar que en dicho apartado se suprime la mención del artículo 37.5 y se añaden como preceptos no básicos los apartados 1 y 3 del artículo 311.



CONSEJO DE ESTADO

f) La modificación de otras leyes

La disposición final segunda del anteproyecto afecta a los artículos 10 y 11 de la Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Aunque no se objeta la inclusión de la reforma de otra ley por existir una clara conexión material, no puede dejar de recordarse que una buena técnica normativa requiere que cada materia tenga su propia sede legal o reglamentaria. En todo caso, sería conveniente que en el título del anteproyecto se hiciera referencia a que también resulta afectada la Ley 29/1998.

g) Cita de disposiciones

La cita de las disposiciones ha de verificarse indicando su nombre exacto. Han de corregirse, pues, las menciones que se hacen a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya que, con frecuencia se omite el término "reguladora".

Cuando se citan disposiciones comunitarias, al menos en su primera mención, debe indicarse su número oficial, los órganos de los que procede y su fecha. La cita de la Directiva 2007/66/CE con que se abre la exposición de motivos debe completarse indicando que es una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo.

h) Lenguaje empleado

Se recuerda que los proyectos normativos han de respetar lo dispuesto en el artículo 14.11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el cual uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos ha de ser "la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas".



CONSEJO DE ESTADO

IV. El régimen de adjudicación y la perfección de los contratos del sector público

Dos de las novedades más importantes que presenta el anteproyecto de Ley sometido a consulta son el nuevo régimen de adjudicación y, sobre todo, la previsión por virtud de la cual la perfección del contrato se anuda a su formalización. El origen de estos cambios se encuentra en la condena al Reino de España por incumplimiento de la Directiva 89/665/CEE y en el procedimiento de infracción seguido contra España por la Comisión Europea, la cual ha concluido que el modelo diseñado en la Ley 30/2007 no permite la articulación de un sistema de recursos ágiles y eficaces.

De ahí que, con carácter previo a la valoración del nuevo sistema propuesto en el anteproyecto, resulte imprescindible hacer referencia a dichas circunstancias y, en particular, a los criterios mantenidos por la Comisión Europea.

A) La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el procedimiento de infracción seguido contra España

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España, asunto C-444/06, 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".

Por Carta PRE-228 2180/2002, de fecha 24 de abril de 2008, la Comisión Europea se dirigió a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea señalando que en el plazo de dos meses a contar de la sentencia, deberían comunicarse las medidas adoptadas o que se proponga adoptar el



CONSEJO DE ESTADO

Gobierno español para dar cumplimiento a la referida sentencia. En Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 23 de mayo de 2008 se subraya que a principios de ese mes entró en vigor la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la que se realiza un notable esfuerzo para superar el déficit de regulación de la legislación nacional en cuanto a los recursos en materia de contratación; y se concluye que la nueva Ley cumple las exigencias de la Sentencia de 3 de abril de 2008.

A través de la Carta de emplazamiento 228 2190/2002 la Comisión Europea señala que la nueva Ley 30/2007 no cumple las exigencias derivadas del aludido fallo del Tribunal de Justicia e invita al Gobierno español a remitirle sus observaciones en un plazo de dos meses. En informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 25 de febrero de 2009, se da respuesta a las observaciones formuladas por la Comisión y se concluye que la Ley 30/2007 cumple las exigencias derivadas de la sentencia.

Finalmente, en el dictamen motivado 260 2190/2002 la Comisión Europea reitera su conclusión y emplaza al Gobierno de España a adoptar las medidas requeridas en el plazo de dos meses. En nuevo informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 8 de febrero de 2010 se concluye que la Ley 30/2007 da adecuado cumplimiento a las exigencias derivadas de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, no obstante lo cual en la elaboración del anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2007/66/CE se tendrán en cuenta todas las consideraciones hechas por la Comisión para ajustar dicha regulación al dictamen motivado.

Resulta, pues, preciso hacer referencia a los principales argumentos expuestos por la Comisión. El primero de ellos es que no se prevén vías de recurso eficaces frente a la decisión definitiva de adjudicación.

Así lo estimó el Tribunal de Justicia en relación con el régimen establecido en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Entre otras consideraciones, cabe destacar las siguientes:



CONSEJO DE ESTADO

38. Por otra parte, la protección jurídica completa que debe así 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.

39. 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.

(...)

42. ... en la medida en que el acto de adjudicación implica de iure la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato.

43. En tercer lugar, debe subrayarse que la formalización del contrato puede ser concomitante a su adjudicación, o seguiría en muy breve plazo. En efecto, dicha formalización, como reconoce, por lo demás, el Reino de España, no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas.

44. De ello se desprende 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



CONSEJO DE ESTADO

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-3470/99, Rec. p. 11617, apartado 74)".

Y lo estima la Comisión Europea también en relación con la Ley 30/2007, 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.

Se enlaza así con el segundo de los argumentos esgrimidos por la Comisión: que el acto de adjudicación provisional, unido a la nueva vía de recurso contra tal adjudicación provisional, 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. Y ello por las siguientes razones:

- M
- El nuevo recurso especial no permite impugnar ninguna decisión o acto de los órganos de contratación posterior a la decisión de adjudicación provisional. No permite impugnar la decisión de adjudicación definitiva –que es la que realmente supone la celebración del contrato-, ya que no se prevé un período de espera obligatorio entre la notificación de la decisión a los licitadores interesados y la celebración del contrato; ni tampoco las decisiones relativas a la evaluación de los documentos que acrediten que el licitador al que se haya adjudicado provisionalmente el contrato se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, que tengan por objeto acreditar la aptitud del adjudicatario para ejecutar el contrato o que justifiquen la correcta constitución de la garantía.
 - El nuevo recurso especial tiene un plazo de presentación, a partir de la notificación de la decisión de adjudicación provisional, que no en todos los casos es suficientemente largo como para



garantizar la eficacia del recurso. Se considera que el plazo previsto para interponer recurso es excesivamente breve para que los licitadores que consideren lesionados sus derechos dispongan 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 cabe 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 cuestiona que, aun después de notificada la decisión de adjudicación provisional, los motivos de la misma puedan no haberse dado a conocer, pues ha de mediar previa solicitud para obtener dicha información.

- El recurso especial 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. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

B) La regulación proyectada

No es este dictamen el lugar adecuado para valorar los argumentos expuestos por la Comisión Europea, aunque sí para destacar el intenso debate mantenido y la labor realizada por el Ministerio de Economía y Hacienda (Secretaría General Técnica y Junta Consultiva de Contratación Administrativa). En última instancia, hay que tener presente que la falta de adaptación del ordenamiento interno a las exigencias de la Comisión determinaría la imposición de las correspondientes sanciones.

Para dar cumplimiento a las anteriores exigencias, se instrumentan en el anteproyecto de Ley sometido a consulta las siguientes medidas:

- Por un lado, se suprime la dualidad entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva. De modo resumido, la razón de ser de esta supresión es que, a juicio de la Comisión, el recurso contra la adjudicación provisional no equivale al recurso



CONSEJO DE ESTADO

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, considerando por ello que se trata de un recurso ineficaz. En esta línea, se da nueva redacción al artículo 135 de la Ley 30/2007 (y se introducen los ajustes oportunos en otros preceptos de la citada Ley).

- Por otro lado, se hace necesario articular algún mecanismo por virtud del cual el contrato no se entienda perfeccionado hasta que transcurra el plazo para interponer recurso o hasta que se resuelva sobre el recurso mismo o sobre el mantenimiento de la suspensión. De ahí que se modifique la regla por virtud de la cual los contratos se perfeccionan mediante su adjudicación, estableciéndose que su perfeccionamiento se verifica con su formalización (artículo 27 de la Ley 30/2007).

M
Ha de hacerse notar, por lo demás, que, por lo que se refiere a este punto concreto, las medidas legislativas proyectadas afectan fundamentalmente a la Ley 30/2007 (aunque en la Ley 31/2007 también se contiene alguna previsión al respecto).

La primera reflexión que debe realizarse se refiere a la transformación que se produce en la naturaleza de los contratos del sector público.

Tradicionalmente y con arreglo al marco normativo vigente, es claro que la contratación administrativa es eminentemente formalista. De hecho, la Administración no puede contratar verbalmente (artículo 28 de la Ley) y el inicio de la ejecución del contrato depende, como regla general, de su formalización. Ahora bien, la forma escrita, aunque obligatoria, carece hasta la fecha de carácter constitutivo. El contrato se perfecciona con la adjudicación (definitiva, según la Ley 30/2007), no con la formalización, y desde ese mismo momento existe y obliga como tal. El incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato no afecta 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



CONSEJO DE ESTADO

incautación de la garantía. Se sigue, pues, la regla general de que los contratos se perfeccionan por el sólo consentimiento (artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil).

Precisamente para preservar el principio antiformalista que hasta ahora ha inspirado la legislación interna en la materia se introdujo en 2007 la dualidad adjudicación provisional/adjudicación definitiva. Como se ponía de manifiesto en la memoria que acompañaba el anteproyecto de la que luego sería Ley 30/2007, la recepción del requerimiento recogido en la Directiva 89/665/CEE e inspirado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de octubre de 1999, *Akatel Austria AG y otros, Siemens AG Österreich y Sag-Schrack Anlagentechnik AG contra Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, asunto C-81/98, con arreglo al cual habría de verificarse la inserción de "un periodo de paralización del procedimiento entre la adjudicación del contrato y su formalización (dando por descontado que la perfección del vínculo se produce por medio de ésta) de duración suficiente para permitir la interposición del correspondiente recurso, y la atribución a la presentación de éste de un efecto suspensivo automático", iba a diferir ligeramente del planteamiento expuesto:

M
"Al objeto de mantener el principio antiformalista que inspira nuestra legislación, se ha desdoblado la decisión de adjudicación en dos trámites, la adjudicación provisional (que se articula, además, a otros efectos...) y la adjudicación definitiva, separados por un lapso de quince días hábiles que jugará el papel del período de congelación procedimental previsto en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos. Durante los diez primeros días de ese plazo podrán los interesados interponer el recurso especial en materia de contratación, que producirá de forma automática la suspensión del procedimiento, suspensión que se mantendrá hasta la resolución del recurso".

Como se acaba de señalar, la Comisión Europea ha concluido que este esquema no da adecuada respuesta a las exigencias derivadas de la Directiva de recursos y, por ello, además de suprimir la dualidad adjudicación provisional/adjudicación definitiva, la regulación proyectada exige una determinada forma para que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se perfeccionen: la formalización pasa a ser, por tanto, constitutiva del contrato. A partir de esta regla y cuando se trate de supuestos en que procede interponer el recurso especial, se establece que la formalización no podrá



CONSEJO DE ESTADO

efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos; y sólo una vez transcurrido dicho plazo (o cuando se acuerde el levantamiento de la suspensión) el órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento (redacción proyectada para el artículo 140.3).

Se altera, pues, el carácter antiformalista de la contratación pública en relación con los contratos celebrados por poderes adjudicadores para dar cumplimiento a las exigencias de la Comisión Europea en cuanto a la adecuación de la legislación interna sobre contratos del sector público a las directivas comunitarias aplicables.

La trascendencia práctica de esta modificación afecta a distintos planos. Quizá el más evidente sea el de la desaparición, como causa de resolución de los contratos, de su falta de formalización; aunque también se deriva alguna consecuencia relevante por razón de la supresión de la dualidad adjudicación provisional/adjudicación definitiva. Así, ha resultado preciso ajustar la terminología empleada en diversos artículos (así, artículos 83, 87.1, 91.4 o 135 de la Ley 30/2007) que en la redacción vigente hacen referencia al adjudicatario provisional. El anteproyecto se refiere entonces al licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa o al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación.

De otra parte, también cabe apreciar una distinta delimitación de los supuestos a los que ha de entenderse referido ese doble mecanismo, hasta ahora de adjudicación provisional y adjudicación definitiva, y con la entrada en vigor de la futura ley, de adjudicación y formalización. En efecto, con arreglo a la redacción vigente (artículos 27 y 135), ese "periodo de congelación procedimental" que media entre la adjudicación provisional y la definitiva se da en todos los contratos de las Administraciones Públicas, con independencia de sus características, y en los contratos celebrados por las restantes entidades del sector público cuando estén sujetos a regulación armonizada. La regulación proyectada opta, sin embargo, por utilizar un único criterio —el de la celebración del contrato por un poder adjudicador— a la hora de definir el esquema adjudicación/formalización. Ello supone una mayor homogeneidad en el



CONSEJO DE ESTADO

régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, desapareciendo el distinto tratamiento derivado de que los contratos celebrados por dichos poderes estuvieran sujetos o no a regulación armonizada y de que, en definitiva, pudieran ser objeto o no de recurso especial.

Al margen de las anteriores reflexiones se formulan las siguientes observaciones concretas a las modificaciones introducidas en las Leyes 30/2007 y 31/2007 relacionadas con esta concreta materia de la adjudicación y formalización de los contratos.

a) Artículo 135 de la Ley 30/2007 (apartado veintidós del artículo primero del anteproyecto)

Se da nueva redacción al artículo 135 de la Ley 30/2007, relativo a la clasificación de las ofertas y a la adjudicación del contrato.

My
Su apartado 2 señala que el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez hábiles, presente la documentación justificativa correspondiente. Debe precisarse el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo, que lógicamente habrá de comenzar tras la recepción de la notificación de dicho requerimiento.

El penúltimo párrafo del apartado 4 señala que si la adjudicación se refiere a un contrato susceptible de recurso especial enumerado en el artículo 310.1, se indicará en la notificación y en el perfil de contratante el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 140.3. Esta previsión ha de enlazarse con lo dispuesto en este último precepto, que no fija un plazo máximo para que se produzca la formalización del contrato, de modo que es al órgano de contratación al que corresponde fijar dicho plazo, estando obligado a respetar en todo caso el transcurso de los quince días hábiles que se establecen como plazo mínimo por el mismo precepto. De ahí la importancia de que, al notificar la adjudicación y publicarse en el perfil de contratante, se fije el plazo en que debe procederse a la formalización del contrato.



CONSEJO DE ESTADO

No estaría de más, sin embargo, por razones de seguridad jurídica extender la comentada exigencia a todos los contratos pues el adjudicatario ha de conocer de qué plazo dispone para la formalización del contrato, con independencia del tipo de recurso que pueda interponer contra la notificación de adjudicación.

Finalmente, con el fin de mejorar su redacción se hace la siguiente propuesta en relación con el apartado 1: "El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio...".

b) Artículo 138 de la Ley 30/2007 (apartado veinticinco del artículo primero del anteproyecto)

El proyectado artículo 138 se refiere a la publicidad de las adjudicaciones y en su apartado 1 establece que "la adjudicación de los contratos cuya cuantía sea igual o superior a las cantidades indicadas en el artículo 122.3 se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación, una vez formalizados".

Esta previsión parece contradecir, al menos cuando afecte a contratos susceptibles de recurso especial, lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 4 del artículo 135, con arreglo al cual la adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante. Pues si la publicación en el perfil de contratante ha de ser simultánea a la notificación y la formalización no puede producirse hasta que transcurran como mínimo quince días desde la remisión de la notificación de la adjudicación, o bien no siempre será posible garantizar esa simultaneidad o bien no cabrá esperar a la formalización para publicar la adjudicación en el perfil.

Deben, pues, coordinarse ambas previsiones. Con arreglo al esquema vigente, la publicación en el perfil de contratante a que se refiere el artículo 135 (apartado 3 vigente) se refiere a la adjudicación provisional, mientras que el artículo 138 contempla la publicación de la adjudicación definitiva de los



CONSEJO DE ESTADO

contratos. Desaparecida esa dualidad, parece que el artículo 138.1 ha de entenderse referido, en realidad, a la publicidad de los contratos ya formalizados. Por tanto, la mención a la adjudicación induce a confusión y sería más acertada una redacción en la que se suprimiera dicha mención (por ejemplo: los contratos cuya cuantía sea superior a las cantidades indicadas en el artículo 122.3 se publicarán, una vez formalizados, en el perfil de contratante del órgano de contratación). En el mismo sentido habría que modificar el título del precepto y también ajustar el apartado 2 para eliminar la mención a la adjudicación.

c) Artículo 140 de la Ley 30/2007 (apartado veintisiete del artículo primero del anteproyecto)

Como se acaba de ver, la nueva redacción del primer párrafo del artículo 140.3 (y de forma análoga la redacción propuesta para el artículo 83.3 de la Ley 31/2007) establece, en relación con los contratos susceptibles de recurso especial, únicamente un plazo mínimo que en todo caso habrá de respetarse para que proceda la formalización del contrato. En concreto, 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.

Frente a esta opción, se ha señalado que pudiera resultar preferible la de atender a la fecha de recepción de la notificación por sus destinatarios, en la medida en que resulta más acorde con el sistema de notificación vigente en la Ley 30/1992 y también resulta preferible desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

Lo cierto, sin embargo, es que este criterio —el de la remisión de la notificación— aparece expresamente recogido en el artículo 2 quáter de la Directiva 2007/66/CE. Desde esta perspectiva, nada hay que objetar a la previsión comentada, sin perjuicio de que debe precisarse que el cómputo de dicho plazo ha de iniciarse al día siguiente de la remisión. Por otra parte, hay que destacar que esta opción permite garantizar la simultaneidad de las notificaciones, lo que tiene importancia a efectos de la eventual interposición del recurso especial y de la ulterior formalización del contrato, ya que garantiza que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la ley al ser único para todos ellos el *dies a qua*.



CONSEJO DE ESTADO

Ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el último párrafo del apartado 3 se aparta de esta regla, al establecer, para el resto de contratos, que su formalización "deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a (sic) los licitadores y candidatos".

En versiones anteriores del anteproyecto se establecía que la formalización debía efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos". Se empleaba, pues, análogo criterio al recogido en el apartado 3 del mismo artículo.

Ante las objeciones formuladas a dicho precepto, se ha optado por cambiar el criterio, de modo que el cómputo del plazo se inicia a partir de la recepción de la notificación por licitadores y candidatos. Es cierto que en este caso no es necesario garantizar un mismo *dies a quo* para el cómputo del plazo de quince días; sin embargo, hay que recordar que la regla prevista inicialmente encuentra amparo en la disposición comunitaria y que ha de procurarse, en la medida de lo posible, fijar criterios similares para aglizar la aplicación de la norma.

En el apartado 4 parece más correcto hacer mención al adjudicatario, en lugar de al contratista.

V. Los denominados "supuestos especiales de nulidad"

A) La ineficacia de los contratos en la Directiva 2007/66/CE

La Directiva 2007/66/CE contempla diversos supuestos de "ineficacia" de los contratos ya celebrados (artículo 2 quinquies de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE). El objetivo que se persigue con esta regulación -según indica el considerando (21)- es que ante determinadas infracciones, que se consideran especialmente graves, "los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución", correspondiendo a las legislaciones nacionales la determinación de las consecuencias derivadas de dicha ineficacia.



CONSEJO DE ESTADO

Esta acción se contempla, en primer lugar, para aquellos casos en que el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el D.O.U.E. siendo esta publicación obligatoria. Se contemplan, no obstante, las siguientes excepciones:

- Cuando el poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato sin publicación previa de un anuncio se puede admitir de conformidad con la Directiva 2004/18/CE.
- Cuando el poder adjudicador ha publicado en el D.O.U.E. un anuncio con determinada información (nombre y datos de contacto del poder adjudicador; descripción de la finalidad del contrato; justificación de la decisión del poder adjudicador de conceder el contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación en el D.O.U.E.; nombre y datos de contacto del operador económico a favor de quien se haya adoptado una decisión de adjudicación del contrato; y, en su caso, cualquier otra información que el poder adjudicador considere útil.
- Cuando el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de publicación de dicho anuncio.

El segundo supuesto en el que cabe esta acción es en caso de infracción de la obligación de suspender cuando se exija recurso previo ante el órgano de contratación, de celebración del contrato antes de que se haya resuelto el recurso o tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o de falta de remisión de la información requerida, si dicha infracción privó al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales o afectó a las posibilidades de resultar adjudicatario del contrato.

Finalmente, también procede en los supuestos mencionados en el segundo párrafo de la letra c) del artículo 2 ter, si los Estados miembros se han acogido a la excepción del plazo suspensivo para contratos basados en un acuerdo marco y un sistema dinámico de adquisición. En este caso también se contemplan una serie de excepciones: si se considera que la adjudicación de un contrato es conforme a la Directiva 2004/18/CE; si se remitió a los licitadores afectados una decisión de adjudicación del contrato junto con la exposición



CONSEJO DE ESTADO

resumida de las razones en que se basa la adjudicación; y si el contrato no se ha celebrado hasta transcurrido el plazo de suspensión.

Este recurso ha de interponerse, según lo establecido en el artículo 2 septies, antes de que transcurran treinta días desde la publicación del anuncio de adjudicación del contrato o desde que se haya facilitado la información exigida y, en todo caso, antes de que transcurran seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato.

Los efectos de la declaración de ineficacia quedan a la determinación de los Estados miembros. En tal sentido, se señala que se podrá establecer la anulación con efectos retroactivos de todas las obligaciones contractuales o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar (previéndose, en este último caso, la imposición de multa o la reducción de la duración del contrato).

Por último, se contempla la posibilidad de no declarar la nulidad de un contrato, aunque haya sido adjudicado ilegalmente, si el órgano independiente de recurso considera que razones imperiosas de interés general exigen mantener los efectos del contrato. En tal caso, se prevé la imposición de sanciones alternativas (artículo 2 quinquies.3, en relación con artículo 2 sexies).

B) La regulación proyectada

La transposición de los preceptos aludidos de la Directiva 2007/66/CE que se acaban de exponer se aborda en la nueva sección segunda del capítulo V del título I del Libro I de la Ley 30/2007, comprensiva de los artículos 37 a 39, a los que se da nueva redacción (apartados uno y dos del artículo primero del anteproyecto). En el caso de la Ley 31/2007 la incorporación se lleva a efecto en el capítulo II del título VII, comprensivo de los artículos 109 a 111 (apartados tres y cuatro del artículo segundo del anteproyecto).

Como ha señalado el Consejo de Estado en diversas ocasiones, a la hora de abordar la tarea de incorporar el Derecho comunitario (y, en especial, las directivas), lo más razonable es intentar dar una redacción clara y técnicamente correcta a la norma de transposición (entre otros, dictámenes del Consejo de



CONSEJO DE ESTADO

Estado 426/91, de 11 de abril, 1684/91, de 28 de diciembre, 380/92, de 26 de marzo, 271/92, de 9 de abril, y 1.429/2005, de 20 de octubre), lo cual es especialmente conveniente cuando se acude a categorías jurídicas que carecen de equivalente en el ordenamiento interno. Desde esta perspectiva, se valora positivamente, sin perjuicio de las observaciones que más adelante se formulan sobre esta cuestión, el esfuerzo realizado para tratar de encajar, dentro de las categorías jurídicas internas, los supuestos de ineficacia contractual contemplados en la Directiva 2007/66/CE.

En otros aspectos, sin embargo, la transposición realizada puede resultar en exceso vinculada al tenor literal de la Directiva (por ejemplo, al mantener expresiones como "razones imperiosas de interés general", que, aunque es cierto que tiene un significado preciso en el ámbito comunitario, podrían ser sustituidas por otras de más raigambre en la tradición jurídica española) e incluso al orden sistemático empleado por la norma comunitaria (pues un mejor orden lógico iniciaría el articulado con la determinación de los supuestos especiales de nulidad, continuaría con los aspectos procedimentales y finalizaría con las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad).

No hay que desconocer, sin embargo, el especial rigor con que la Comisión Europea viene controlando la transposición de la normativa comunitaria sobre contratación pública; de ahí que la opción por la transcripción literal pueda en ocasiones encontrar su justificación en evitar que la utilización de otra terminología sea semillero de conflictos y eventual fundamento de alguna imputación de infracción del Derecho comunitario.

a) Naturaleza de la acción

La primera cuestión que se plantea es la relativa a la naturaleza de la acción diseñada. La Directiva 2007/66/CE habla de "ineficacia" de los contratos en un sentido y con un alcance que no es el que predominantemente se atribuye a este término en el ordenamiento español; y la norma proyectada aborda su transposición incurriendo en ciertas contradicciones.

El apartado 1 del proyectado artículo 37 de la Ley 30/2007 establece los casos en que determinados contratos "serán nulos de pleno derecho". En



CONSEJO DE ESTADO

cambio, el apartado 1 del proyectado artículo 109 de la Ley 31/2007 dice que los contratos "serán nulos".

La nulidad de pleno derecho, entendida como la máxima sanción que el ordenamiento preceptúa, opera *ipso iure*, tiene eficacia retroactiva y es definitiva (sin que quepa la convalidación). Por ello, no resulta correcta la afirmación de que los contratos definidos en el apartado 1 del artículo 37.1 de la Ley 30/2007 serán nulos de pleno derecho. Pues dicha categoría no se compadece bien con algunos de los aspectos del régimen jurídico diseñado a continuación y, especialmente, con la posibilidad de mantener los efectos del contrato (artículo 38) y con la introducción de unos plazos para interponer la cuestión de nulidad (artículo 39). Sería menos confuso decir que los contratos serán declarados nulos o serán nulos, de forma análoga a la modificación operada en la Ley 31/2007.

M

Con todo, ha de llamarse la atención sobre las singulares características de la ineficacia regulada en la Directiva 2007/66/CE, que dan lugar a la configuración de un supuesto con perfiles propios, con alguna nota característica de la nulidad de pleno derecho, pero en líneas generales más próximo a la figura de la anulabilidad. Baste señalar, por ejemplo, que las causas de nulidad están tasadas en la norma legal, que la propia Ley define posibles excepciones, que cabe la posibilidad de sustituir la declaración de nulidad por la imposición de sanciones alternativas y que la cuestión de nulidad debe interponerse dentro del plazo señalado al efecto.

b) Ámbito de aplicación

La redacción proyectada de los artículos 37.1 (cuestión de nulidad) y 310.1 (recurso especial) de la Ley 30/2007 es muy similar a la hora de determinar los contratos a los que resultan de aplicación sus previsiones. El artículo 37.1 delimita su ámbito de aplicación por referencia a los contratos sujetos a regulación armonizada previstos en los artículos 13 a 17 de la Ley 30/2007 y a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.



CONSEJO DE ESTADO

Por su parte, el proyectado artículo 310.1 se refiere a: 1) los contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado y acuerdos marco sujetos a regulación armonizada; 2) contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros; y contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Parece razonable hacer coincidir los ámbitos materiales de una y otra figura. En este sentido y a falta de una explicación acerca de cuál ha sido el criterio empleado para delimitar ambos supuestos, debería incluirse en el artículo 37.1 el supuesto de los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años.

De otra parte, sería conveniente introducir alguna regla con la finalidad de resolver la compatibilidad o incompatibilidad entre la cuestión de nulidad y el recurso especial.

En el caso francés, por ejemplo, la articulación de estos supuestos (que se lleva a efecto en los nuevos artículos L.551-13 a 551-23 del Código de Justicia Administrativa) se hace mediante la creación de un *référé contractuel*, a través del cual el órgano judicial se pronuncia sobre la nulidad del contrato, entre otros supuestos, cuando alguna de las medidas de publicidad requeridas para su adjudicación no se ha adoptado o cuando se ha omitido una publicación en el D.O.U.E. cuando fuera preceptiva. Y se establece que dicho recurso no está abierto al recurrente que haya hecho uso del *référé précontractuel* cuando el poder adjudicador haya respetado la suspensión y haya acatado la resolución recaída.

c) Supuestos en que proceda y excepciones

A la hora de definir las infracciones que pueden dar lugar a la nulidad de los contratos, la letra c) del artículo 37.1 de la Ley 30/2007 se refiere al siguiente supuesto: "Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial



CONSEJO DE ESTADO

en materia de contratación a que se refieren los artículos 10 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido".

La previsión equivalente en el marco de la Ley 31/2007 se encuentra recogida en la letra b) del apartado 1 del proyectado artículo 109. Sin embargo, en ella no se recoge el supuesto de que la formalización se lleve a efecto sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación.

Puesto que la regla de la suspensión automática se recoge en el apartado 5 de la nueva redacción del artículo 104 de la misma Ley, debe completarse la letra b) del artículo 109.1 en el sentido indicado.

De otra parte, al definirse las circunstancias que han de concurrir para que no proceda la declaración de nulidad en los supuestos contemplados en las letras d) y e) del apartado 1 del artículo 37, se exige "que el contrato no se perfeccione hasta transcurridos diez días hábiles desde el siguiente al de la recepción de la notificación a (sic) los licitadores afectados".

Nuevamente, se plantea la opción entre las dos modalidades de cómputo del plazo que contempla la Directiva 2007/66/CE (en este caso, el último guión del apartado 5 del artículo 2 quíntulas de la Directiva de recursos); y se opta por el criterio de la recepción de la notificación por los licitadores afectados.

En línea con la observación formulada con anterioridad, se recuerda la conveniencia de que, en la medida de lo posible, se fijen unos plazos y un criterio de cómputo similares. De ahí que quizá fuera preferible optar por fijar un plazo de quince días y considerar como inicio del cómputo la remisión de la notificación a los licitadores, lo que permitiría, además, considerar el mismo *dies a quo* para todas las notificaciones.

Esta misma observación es trasladable a la redacción proyectada para el artículo 109.3.b) de la Ley 31/2007.



CONSEJO DE ESTADO

Finalmente, también en ambos casos debe ajustarse el tiempo verbal empleado, que no ha de ser el presente, sino el pretérito pluscuamperfecto del modo subjuntivo.

d) Consecuencias jurídicas

El proyectado artículo 38 de la Ley 30/2007, relativo a las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad, establece en sus dos primeros apartados lo siguiente:

"1. Las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad por las causas previstas en el artículo anterior serán las establecidas en el artículo 35.1 de esta Ley.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano competente para declarar la nulidad podrá acordar el mantenimiento de los efectos del contrato si, atendiendo las circunstancias excepcionales que concurren, considera que existen razones imperiosas de interés general que lo exijan...".

M
La primera cuestión que plantea el precepto comentado (y que también es trasladable a la modificación del artículo 110 de la Ley 31/2007) es la relativa al alcance de su apartado 2 pues, con arreglo a la redacción proyectada, se da a entender que el contrato es nulo pero que se excluye la sanción que lleva aparejada tal nulidad (la privación de efectos). Lo que se excepciona es, aun concurriendo los presupuestos materiales definidos en el artículo precedente, la propia declaración en sí. Así resulta, por lo demás, de los términos de la Directiva 2007/66/CE (pues el artículo 2 sexies de la Directiva 89/665/CEE permite al órgano de recurso decidir si el contrato ha de considerarse ineficaz o si han de aplicarse sanciones alternativas) y de la propia redacción proyectada, que establece expresamente que la declaración de nulidad "deberá sustituirse" por una sanción alternativa.

Sería conveniente, pues, ajustar la redacción proyectada a las anteriores consideraciones. Lo más adecuado sería llevar la regulación contenida en los apartados 2 y 3 a un artículo independiente (observación que se realiza, fundamentalmente, de cara a la futura elaboración de un nuevo texto legal). Pero,



CONSEJO DE ESTADO

no siendo esto posible en el marco de las vigentes Leyes 30/2007 y 31/2007, el título del precepto debería reflejar mejor esta posibilidad de sustituir la declaración de nulidad por una sanción alternativa (no se trata, por tanto, de una consecuencia jurídica de la declaración de nulidad). Y, por la misma razón, el párrafo introductorio del apartado 2 debería reformularse para recoger con mayor precisión la posibilidad de que el órgano de recurso no declare la nulidad de un contrato, pese a que concurren los presupuestos establecidos en el artículo precedente para ello, si razones imperiosas de interés general exigen que se mantengan sus efectos.

En cuanto a la terminología empleada, si es que se opta por mantener la expresión utilizada en la Directiva, debe revisarse el penúltimo párrafo del apartado 2, que alude a "circunstancias imperiosas" cuando debiera hacerlo a "razones imperiosas de interés general".

El tema de las sanciones alternativas previsto en la Directiva 2007/66/CE es uno de los más novedosos, al menos con arreglo al sistema español de contratación pública.

La regulación proyectada no suscita observación alguna desde el punto de vista de su adecuación a la Directiva 2007/66/CE pero es probable que plantee no pocos interrogantes a la hora de su puesta en práctica. Por ejemplo, un problema que se ha puesto de manifiesto en el expediente es que el precepto comentado no contiene previsión alguna sobre el destino que debe darse a la cantidad recaudada en concepto de sanción, si la sanción impuesta fuera una multa. Lo cual resultará especialmente relevante cuando el órgano de recurso no pertenezca a la Administración en la que se encuentra integrado el órgano de contratación.

Finalmente, la redacción proyectada de ambos preceptos ganaría en claridad si el contenido de su respectivo apartado 2 se desglosara en tres apartados: el primero, relativo a la posibilidad de sustituir la declaración de nulidad por una sanción alternativa, consistente en multa o en reducción de la duración del contrato, y en el que también podría incluirse los párrafos que aclaran el alcance de la expresión "razones imperiosas de interés general"; el segundo



CONSEJO DE ESTADO

relativo a las multas; y el tercero relativo a la reducción proporcionada de la duración de los contratos.

VI. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

A) La Directiva 2007/66/CE y la posición de las instancias comunitarias

En su dictamen motivado, la Comisión Europea ha señalado que la Ley 30/2007 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; lo cual es especialmente preocupante si se tiene en cuenta que los licitadores excluidos que deseen recurrir una decisión de adjudicación provisional están obligados a interponer este recurso especial antes de poder acudir a la vía contencioso-administrativa. No se cuestiona 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.

Por su parte, la Directiva 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 (artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CE), 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



CONSEJO DE ESTADO

vinculantes, previa realización de un procedimiento contradictorio. Además, dichas resoluciones han de poder ser objeto de recurso ante un órgano jurisdiccional.

B) La regulación proyectada

El nuevo título IV del Libro V tiene por objeto establecer el "régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos". Dentro de dicho título, el proyectado artículo 311 tiene por objeto establecer el régimen jurídico relativo al órgano competente para la resolución del recurso.

a) La opción por un órgano administrativo independiente: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Con arreglo a la legislación hasta ahora vigente, la facultad para resolver el recurso especial se atribuye al propio órgano de contratación. Esta solución se consideró ajustada a la Directiva 89/665/CEE, aunque planteaba algunos interrogantes cuando el órgano de contratación pertenecía a una entidad que tuviera el carácter de Administración pública, configurándose el recurso especial a imagen del recurso de reposición.

Sea como fuere, en el dictamen 514/2006, de 25 de mayo, relativo precisamente al anteproyecto de la que luego sería la Ley 30/2007, el Consejo de Estado destacó que, aunque la Directiva 89/665/CEE no predeterminaba en modo alguno el tipo de órgano que debía resolver el recurso, la normativa comunitaria hubiera permitido adoptar otras soluciones sin duda de mayor complejidad técnica, pero que podrían suponer una mayor garantía de los derechos de los administrados. Tal solución alternativa consistiría en atribuir la competencia para la resolución de estos recursos, con independencia del tipo de contrato de que se tratara, a un organismo independiente y compuesto por especialistas, concluyéndose que "además de los beneficios que comporta la independencia del órgano llamado a resolver, la concentración de la competencia para ello en un número limitado de órganos podría permitir una mayor unificación de criterios en las resoluciones, descargando con ello la vía judicial".



CONSEJO DE ESTADO

Este es el modelo que ha consagrado la Directiva 2007/66/CE -permitiendo optar entre un órgano jurisdiccional o un órgano administrativo- y que se ha tratado de instrumentar de distintas maneras en el curso de la elaboración del anteproyecto de Ley sometido a consulta. Inicialmente y puesto que la opción más adecuada para la Comisión Europea era el modelo jurisdiccional, se intentó 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 es esa la solución preferible. Así, la Secretaría General Técnica del citado Ministerio subraya 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."

Se planteó entonces la posibilidad de atribuir la competencia a una sala especializada en materia contractual dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central, que también fue desechada, entre 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.

Por ello, se ha optado finalmente por que 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 hay que tener en cuenta que 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 del anteproyecto).



CONSEJO DE ESTADO

Esta opción se adecua, como ya se ha indicado, a las previsiones de la Directiva 2007/66/CE; y en ella se contrarán las observaciones que sobre el concreto modelo propuesto se formulan más adelante.

Sin embargo y aun siendo consciente de la necesidad de adoptar lo antes posible las medidas legislativas precisas para dar cumplimiento a las exigencias de la Comisión Europea (pues el dictamen motivado tiene fecha de 8 de octubre de 2009 y fija un plazo de dos meses para la adopción de dichas medidas), el Consejo de Estado no puede dejar de señalar que el modelo que mejor responde al objetivo de asegurar la efectividad de las garantías previstas es el que configura un recurso especial de carácter jurisdiccional, cuyo conocimiento se atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Los argumentos expuestos 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. 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 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).

Junto a ello, se trata de la opción que mejor garantiza la independencia del "órgano de recurso", en el marco de las exigencias establecidas en la Directiva 2007/66/CE. Y, además, contribuiría a simplificar la compleja estructura organizativa que, para las tres instancias territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales), se perfila en el anteproyecto.

Finalmente, se llama la atención sobre la circunstancia de que el Consejo General del Poder Judicial no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, pues el informe que consta en el expediente sólo se ocupa de examinar la modificación proyectada para los artículos 10 y 11 de la Ley



CONSEJO DE ESTADO

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Hubiera sido un elemento de gran valor para este Consejo de Estado contar con el parecer del Consejo General del Poder Judicial acerca de las distintas opciones ofrecidas por la Directiva 2007/68/CE y, en particular, acerca de 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.

b) Perspectiva sustantiva: las garantías de la Independencia del Tribunal y de sus miembros

Por lo que se refiere a la concreta regulación del órgano estatal proyectado y aunque, en líneas generales, pueden entenderse adecuadamente incorporadas las exigencias que prevé la Directiva 2007/68/CE, ha de insistirse en la necesidad de articular las medidas precisas que garanticen plenamente su independencia.

M
Desde esta perspectiva, hay que destacar que el apartado 1 del artículo 311 proyectado, al margen de algunas previsiones puntuales, se centra exclusivamente en la regulación de la dimensión subjetiva del órgano: requisitos que han de concurrir en su Presidente y sus miembros, nombramiento y remoción, y duración del mandato. Ello se debe, probablemente, a que son estas cuestiones las que se recogen expresamente en la Directiva 2007/68/CE; sin embargo, no son esos los únicos aspectos que contribuyen a garantizar la independencia del Tribunal.

Por de pronto, es importante tener en cuenta que, con arreglo al segundo párrafo del artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE, la independencia no sólo se predica de los miembros, sino del órgano mismo. Hay que plantearse entonces si la adscripción del Tribunal al Ministerio de Economía y Hacienda respeta esa exigencia.

A este respecto ha de tenerse en cuenta que difícilmente cabe pensar, al menos dentro del esquema de personificaciones instrumentales que ofrece la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en una modalidad que pueda ser aplicable



CONSEJO DE ESTADO

para la configuración del mencionado órgano independiente. Por tanto, siendo la opción recogida en el anteproyecto la que mejor encaja dentro del modelo organizativo estatal, es claro que hay que reforzar todos aquellos aspectos del régimen jurídico aplicable al Tribunal que contribuyan a reforzar su independencia. En este sentido, es importante que se precise en el apartado 1 del proyectado artículo 311 que el Tribunal actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

De otra parte, es aconsejable que se fijen en sede legal aspectos esenciales de la institución. Desde esta perspectiva no parece correcto habilitar sin más al reglamento para que determine el número de vocales (último inciso del segundo párrafo del artículo 311.1 proyectado). Por la misma razón, tampoco se considera correcta la habilitación en blanco contenida en el primer párrafo del apartado 2 de la disposición adicional primera del anteproyecto, que establece el "régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y entidades contratantes adscritas a ella". Sería más correcto que la Ley fijara un número mínimo de vocales, sin perjuicio que se habilitara a la norma reglamentaria para que procediese a su incremento, si así lo exigieran las circunstancias. Tampoco se dice nada acerca de las reglas de funcionamiento del Tribunal y no se enuncian sus competencias, a diferencia del proyectado artículo 101 de la Ley 31/2007, donde se enuncian las competencias del Tribunal.

Por lo demás, llama la atención la ubicación en el anteproyecto –en concreto, en la mencionada disposición adicional primera– de la previsión normativa por virtud de la cual la primera renovación del Tribunal se hará de forma parcial a los tres años del nombramiento, estableciéndose que antes de cumplirse dicho plazo se determinará, mediante sorteo, quiénes deban cesar. Al margen de la observación de técnica normativa que se efectuará más adelante en relación con dicha disposición adicional, sería más acertado ubicar dicha previsión en el apartado 1 del artículo 311 proyectado o si, se estima preferible, en una disposición adicional específica relativa al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.



CONSEJO DE ESTADO

c) Perspectiva dinámica: la adopción de las medidas necesarias para el funcionamiento del Tribunal

Uno de los aspectos más relevantes de la regulación proyectada es el relativo a la puesta en funcionamiento del Tribunal. Confluyen, en este sentido, dos elementos que es preciso tomar en consideración: por un lado, el relativo a la disponibilidad de los recursos humanos y materiales precisos para ello; por otro lado, la vigencia del marco jurídico que lo permita. Y de ahí la importancia de garantizar que, en el plazo previsto, se adopten todas las medidas precisas, tanto normativas y como de carácter ejecutivo.

En este sentido, preocupa la afirmación realizada por la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, que ha señalado que las dotaciones y retribuciones previstas en la memoria económica pueden no resultar asumibles en el marco del Plan de Austeridad 2011-2013, que prevé, entre otros aspectos, una reducción de los gastos de personal del 0,3 por ciento.

M
En cuanto a las medidas de carácter normativo que se instrumentan en el anteproyecto de Ley sometido a consulta, hay que referirse a su disposición transitoria primera, relativa al "régimen de los recursos en tanto no se constituyan los órganos competentes".

Es claro que el título proyectado no refleja el contenido de la disposición, a través de la cual se introducen algunas reglas para garantizar el funcionamiento del Tribunal una vez entrada en vigor la Ley.

De otra parte, en cuanto al funcionamiento del Tribunal, se limita a señalar que el Presidente y los tres vocales se turnarán en la formulación de las ponencias para resolver los recursos, pero no precisa otros aspectos esenciales del régimen de funcionamiento como, por ejemplo, el relativo a la adopción de acuerdos. Debiera introducirse, cuando menos, una remisión a la Ley 30/1992.

d) La traslación del modelo al ámbito autonómico

El anteproyecto de Ley sometido a consulta contiene diversas previsiones cuya finalidad es la de trasladar al ámbito autonómico la opción por el



CONSEJO DE ESTADO

modelo de órgano administrativo independiente. Hay que destacar que, en líneas generales, la regulación proyectada ha sido valorada positivamente o no ha suscitado objeciones de constitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas que han intervenido en el expediente.

El primer párrafo del segundo apartado del proyectado artículo 311 consagra la obligación para las Comunidades Autónomas, en cumplimiento de lo establecido en la Directiva 2007/66/CE, de crear un órgano administrativo independiente competente, en su respectivo ámbito, para la resolución del recurso especial. También se contiene una previsión específica para las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

A juicio del Consejo de Estado, la regulación proyectada es respetuosa con la distribución de competencias que resulta de los artículos 148 y 149 de la Constitución y, en particular, con la potestad de autoorganización que corresponde a las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos. Así, no se prejuzga si ha de tratarse de un órgano individual o colegiado y los requisitos de nombramiento, duración y revocación de sus miembros, así como los relativos a la exigencia de determinadas cualificaciones jurídicas y profesionales, se formulan en términos amplios, respetando la libertad de decisión que sobre esta materia corresponde a las Comunidades Autónomas, obviamente dentro de los límites marcados por la Directiva 2007/66/CE.

No obstante esa valoración general positiva cabría introducir algún ajuste con el fin de evitar una excesiva imprecisión. En efecto, a la hora de precisar los requisitos que han de concurrir en los miembros de esa instancia independiente y, en particular, en su Presidente (o en su titular, si no fuese un órgano colegiado), el anteproyecto los define por remisión a unas cualificaciones jurídicas y profesionales análogas a las establecidas en el apartado 1 para el Presidente del órgano estatal. No parece que haya inconveniente en sustituir dicha remisión por una formulación más precisa, sin que ello suponga una injerencia en la potestad de autoorganización. Así, podría decirse que el titular o el presidente del órgano colegiado han de poseer las cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de la materia afectada y su necesaria independencia, pudiendo quizá vincularse esa exigencia a su pertenencia a un cuerpo de funcionarios al que se acceda con título de licenciado



CONSEJO DE ESTADO

o de grado y al desempeño de la actividad durante un periodo de tiempo lo suficientemente extenso que permita garantizar esas cualificaciones.

Por otra parte, el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 311 proyectado establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas prevean la interposición de recurso administrativo previo (párrafos segundo y tercero del apartado 2).

Esta previsión estaría mejor ubicada a continuación del apartado 5 del artículo precedente. En todo caso, se considera necesaria tal mención (aunque alguna Comunidad Autónoma haya manifestado su opinión contraria) en la medida en que se trata de una posibilidad reconocida expresamente en la Directiva 2007/66/CE y, por tanto, las Comunidades Autónomas pueden optar por su articulación; lo cual no significa que la introducción de ese recurso previo merezca, en opinión de este Consejo, una valoración positiva.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 311 establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas atribuyan la competencia para resolver tales recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Se echa en falta un mayor desarrollo de esta previsión. Por ejemplo, sería conveniente indicar cómo habría de instrumentarse esa atribución de competencia, pues nada se dice acerca de si puede verificarse mediante un acto unilateral o una disposición normativa de la Comunidad Autónoma o si, por el contrario, es precisa la celebración de un convenio con la Administración General del Estado.

Junto a la regulación sustantiva que se acaba de describir, el anteproyecto de Ley sometido a consulta articula un régimen transitorio aplicable en tanto las Comunidades Autónomas no hayan determinado ante qué órgano se debe incoar la cuestión de nulidad o interponer el recurso especial. Se introduce, pues, una regulación de carácter supletorio que encuentra su justificación en la necesidad de garantizar el adecuado cumplimiento del Derecho comunitario, pues no hay que olvidar que el Estado español es el único sujeto responsable ante la Unión Europea en relación con la transposición o el complemento de las normas



CONSEJO DE ESTADO

comunitarias que lo requieran y con la ejecución del Derecho comunitario en España.

En este contexto, la ausencia de previsiones constitucionales específicas sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas para incorporar y ejecutar normas comunitarias hace difícilmente alcanzable una solución única y general a la hora de determinar quién es el sujeto competente y, en su caso, si es admisible o no una regulación estatal de carácter supletorio (cuya virtualidad habría de entenderse limitada, obviamente, al supuesto de falta de ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias de incorporación, desarrollo y ejecución del Derecho comunitario). Como ya puso de manifiesto este Consejo de Estado en el Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, "la determinación de a qué ente público corresponde la incorporación normativa del Derecho comunitario se ha de dilucidar, por tanto, caso por caso y según los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas".

M

En todo caso, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en alguna ocasión sobre esta cuestión (STC 252/1988, de 20 de diciembre, 79/1992, de 28 de mayo, 80/1993, de 8 de marzo, 102/1995, de 26 de junio, 146/1996, de 19 de septiembre, 98/2001, de 5 de abril, 38/2002, de 14 de febrero, 96/2002, de 25 de abril, y, más recientemente, 33/2005, de 17 de febrero) y ha afirmado que, cuando están en juego competencias compartidas o concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sólo han de tomarse en consideración las normas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias, sin perjuicio de que corresponda al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria. Además, el Gobierno ha de contar con los instrumentos indispensables "para adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar el cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales en cuyo favor se han cedido competencias (del Derecho derivado europeo, en lo que ahora interesa), función que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar" (STC 252/1988).



CONSEJO DE ESTADO

En las anteriores consideraciones encuentra su justificación el régimen transitorio previsto en la disposición de igual naturaleza y que tiene como finalidad tratar de garantizar el cumplimiento de las exigencias derivadas de la Directiva 2007/66/CE. Ha de destacarse que la regulación contenida en la mencionada disposición sólo entrará en juego en tanto las Comunidades Autónomas no creen el órgano de recurso o acuerden atribuir la competencia al órgano estatal. Por otra parte, se respeta plenamente la potestad de autoorganización y únicamente se establece la aplicación de las reglas sobre objeto del recurso y procedimiento, garantizándose que las resoluciones dictadas en estos procedimientos sean susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

e) El caso de las Corporaciones Locales

El apartado 3 del proyectado artículo 311 de la Ley 30/2007 prevé que en el ámbito de las Corporaciones Locales la competencia para resolver corresponde a un órgano independiente creado al efecto por las Diputaciones Provinciales o por la Comunidad Autónoma cuando ésta esté integrada por una sola provincia. Además, se contempla el caso específico de la Comunidad Autónoma de Canarias.

A continuación, se establece que la designación del titular de dicho órgano se efectuará 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 diez años de ejercicio profesional.

La regulación proyectada ha sido objetada, en primer lugar, en tanto exige en este caso sólo diez años de ejercicio profesional (mientras que en el caso del órgano estatal ese plazo se eleva a quince años). La razón de ser de esta diferencia radica, según se afirma en el expediente, en que el establecimiento de un plazo superior restringiría en exceso la posibilidad de elección y en que, además, en el ámbito estatal se ha de garantizar una mayor competencia.

Lo cierto es que la Directiva 2007/66/CE no establece la posibilidad de un régimen diferenciado en función del distinto ámbito competencial de los órganos competentes, pero tampoco lo impide. Y parece razonable el criterio



CONSEJO DE ESTADO

finalmente recogido en el anteproyecto para evitar que se reduzcan en exceso las posibilidades de elección. No se comparte, sin embargo, la consideración de que cabe exigir menos años de ejercicio profesional debido a que en el ámbito estatal se ha de garantizar una mayor competencia.

También se ha cuestionado en el expediente si la atribución al Consejo de Ministros del nombramiento del titular de este órgano podría resultar contraria a la autonomía local. En respuesta a esta observación, se ha señalado que dicha previsión "es una consecuencia del requisito que exige la Directiva 2007/66/CE en el sentido de que el nombramiento se haga por la misma autoridad que designa a los miembros del Tribunal Administrativo Central como garantía superior de independencia".

Se comparte, en líneas generales, esta reflexión ya que en el ámbito local resulta altamente aconsejable que la designación del titular del órgano de recurso se realice por una instancia superior y ajena a la entidad local. De otra parte, la autonomía local se ve respetada en tanto el nombramiento por el Consejo de Ministros ha de contar con la previa propuesta de la Diputación Provincial.

Sin embargo, en el supuesto de que el órgano sea creado por la Comunidad Autónoma uniprovincial sería más correcto prever que fuera el órgano de gobierno autonómico el que designara a dicho titular. De otra parte, la previsión relativa al caso de Canarias pudiera redactarse en términos más claros, para subrayar que dicha previsión se refiere a las Corporaciones Locales de dicha Comunidad Autónoma.

En todo caso, ha de recordarse que el apartado comentado no tiene carácter básico y que, por lo tanto, no entrará en juego cuando la Comunidad Autónoma en cuestión tenga competencia normativa y de ejecución en las materias de régimen local y de contratación. De ahí que resulte aconsejable mencionar expresamente esta circunstancia, para clarificar cuándo puede entrar en juego la previsión de la ley estatal.



CONSEJO DE ESTADO

Por último, el párrafo tercero establece que las Corporaciones Locales podrán atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Se ha señalado que también debiera recogerse expresamente la posibilidad de que las Corporaciones Locales puedan atribuir la competencia al órgano autonómico que, en su caso, hubieran creado las Comunidades Autónomas.

Es cierto que, como se afirma en respuesta a dicha observación, el anteproyecto no excluye tal posibilidad pues, como se acaba de ver, el artículo 311.3 no tiene carácter básico, de modo que aquellas Comunidades Autónomas que tengan reconocida competencia organizativa sobre las Corporaciones Locales y en materia de contratación podrán regularla según su criterio y, sólo en la medida en que no lo hagan, será de aplicación la ley estatal. Sin embargo, ello no es obstáculo para que en el párrafo indicado se pueda añadir tal mención expresa.

Finalmente, sería conveniente completar la regulación proyectada en la misma línea expuesta en relación con análoga previsión del anteproyecto referida a las Comunidades Autónomas, indicando cómo habrá de instrumentarse esa atribución de competencia.

f) Poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas

El apartado 4 del proyectado artículo 311 de la Ley 30/2007 se refiere al concreto supuesto de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas. En tal caso, la competencia para resolver el recurso se atribuye, con carácter general, al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.



CONSEJO DE ESTADO

Y, a continuación se establece lo siguiente:

"Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el recurso deberá interponerse ante el órgano que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o la participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado".

Debe llamarse la atención, en primer lugar, sobre la confusión que introduce este párrafo entre la determinación del órgano competente para resolver y la determinación del órgano ante el que ha de interponerse el recurso. Por su ubicación dentro del articulado, es claro que en este apartado se regula específicamente el órgano competente para resolver (ya que es el artículo 314.4, relativo a la iniciación del procedimiento, el que señala ante qué órgano puede presentarse el recurso). Por tanto, el primer inciso debiera quedar redactado en estos o parecidos términos: "Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquel que tenga atribuida la competencia respecto de la Administración que ostente el control o la participación mayoritaria".

Mayores problemas plantea el segundo inciso del párrafo comentado, referido al supuesto en que todas o varias de las Administraciones ostenten una participación igual, en cuyo caso el órgano competente será aquel que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas del propio apartado.

Esta suerte de fuero electivo –que tendría sentido cuando, por la propia naturaleza del acto impugnado, el recurrente sólo pudiera ser uno- no puede establecerse con carácter general en el ámbito de la contratación pública. Uno debe ser el órgano competente para resolver el recurso; y para alcanzar esa solución puede acudir a criterios diversos como, por ejemplo, los que se manejan en el proyectado artículo 101.1 de la Ley 31/2007 ("en razón de su adscripción o vinculación formal y del título administrativo que explota").



CONSEJO DE ESTADO

Análogas observaciones son predicables respecto del proyectado artículo 101 de la Ley 31/2007: por un lado, se aprecia también cierta confusión entre la determinación del órgano competente para resolver y la determinación del órgano ante el que ha de interponerse el recurso (regulándose el órgano ante el que debe presentarse el recurso en el artículo 104.3); por otro lado, el problema del fuero electivo se plantea también en relación con la previsión contenida en el apartado 2 del mencionado artículo 101.

g) Otras observaciones

Desde el punto de vista de la técnica normativa se formulan las siguientes observaciones:

- En línea con la observación de carácter general relativa a la sistemática empleada a la hora de insertar la reforma proyectada en la Ley 30/2007, lo más correcto sería dar un tratamiento separado a la previsión que tiene por objeto la creación del órgano estatal competente, insertándola en un nuevo capítulo del título I del Libro V. Otra posibilidad –que es la que resulta más aconsejable en tanto no se apruebe un texto– es ubicar toda la regulación del régimen especial de revisión dentro de un nuevo Libro, el VI, lo que permitiría una mejor ordenación y estructuración de su contenido.
- El contenido de la disposición adicional primera del anteproyecto debiera desglosarse en dos: una, relativa a los denominados Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales; y otra, que contuviera las previsiones relativas al Tribunal Administrativo Central, que se estime deben ubicarse en una disposición adicional (singularmente, la relativa a la configuración de la Secretaría de la Junta Consultiva, de Contratación Administrativa como órgano de apoyo técnico y administrativo).

M



CONSEJO DE ESTADO

VII. El recurso especial en materia de contratación: objeto y procedimiento

A) La regulación contenida en la Directiva 2007/66/CE

El objeto del recurso se define por referencia a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras de suministro y de servicios. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que los umbrales fijados en el artículo 7 de la mencionada Directiva han sido actualizados por el Reglamento (CE) nº 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos

M
La legitimación se configura en términos muy amplios ("cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción, incluidos licitadores y candidatos" -artículos 1.3 y 2 bis.2 de la mencionada Directiva y también de la Directiva 92/13/CEE-).

El plazo que, como mínimo, debe preverse a efectos de la interposición del recurso varía según que el acto recurrido esté sujeto o no a una notificación específica y, en este último caso, según el medio utilizado para notificar la decisión del poder adjudicador (artículo 2 quáter de la Directiva 89/665/CEE y también de la Directiva 92/13/CEE):

- Si el recurso se interpone contra actos que no están sujetos a una notificación específica (por ejemplo, los pliegos de condiciones particulares), el plazo para ello será de diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión (último inciso del artículo mencionado).
- Si está prevista su notificación específica, según el medio utilizado para notificar la decisión del poder adjudicador, dicho plazo es de diez días cuando el órgano de contratación notifica



por medios electrónicos o por fax; y si se utilizan otros medios el plazo pasa a ser de quince días, a contar desde el siguiente a aquel en que la decisión se haya remitido al licitador o candidato, o de diez días, a partir del día siguiente a la fecha de recepción por el interesado de la decisión.

Los Estados miembros pueden exigir que el eventual recurrente informe previamente al órgano de contratación sobre la presunta infracción y su intención de recurrir (artículo 1.4) y también pueden establecer la obligación de interponer recurso previo ante el órgano de contratación (artículo 1.5 de ambas Directivas).

Finalmente, dentro del régimen de recurso y como medida destacada, se establece un plazo de suspensión que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de éste (artículo 2 bis de la Directiva 89/669/CE y de la Directiva 92/12/CEE). Se trata, igualmente, de un plazo mínimo, que corresponde concretar a los Estados miembros y que coincide con el previsto para recurrir (variando, por tanto, según el medio utilizado). En todo caso, ese plazo debe dar a los licitadores y candidatos afectados el tiempo suficiente para examinar la decisión de la adjudicación del contrato y evaluar si estiman preciso iniciar la vía de recurso. Adicionalmente, la notificación de la decisión de adjudicación debe proporcionar información suficiente que sea "esencial en favor de un recurso eficaz".

En particular, se establece (artículo 2 bis.2) que la comunicación, a cada licitador y candidato afectados, de la decisión de adjudicación ha de ir acompañada de:

- la exposición resumida de las razones pertinentes contempladas en el artículo 41, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE, a reserva del artículo 41, apartado 3, de dicha Directiva (entre otras, razones de desestimación de la candidatura, motivos de la decisión de que la oferta no se ajusta a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas, características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así



como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco).

- y de una indicación precisa del plazo suspensivo exacto aplicable.

No obstante, se contemplan diversas excepciones a esta exigencia general (artículo 2 ter de ambas Directivas) de modo que no procede la suspensión cuando, por ejemplo, se aplica el procedimiento negociado sin publicidad, concurre un único licitador o se trata de un contrato basado en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición.

B) La regulación proyectada

La incorporación de estas previsiones se aborda en los nuevos artículos 310 y siguientes de la Ley 30/2007 (de los que ya se ha examinado el artículo 311, relativo al órgano independiente de recurso). Y, en el marco de la Ley 31/2007, tales previsiones se insertan en la regulación del sistema de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación característico de la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (artículos 101 y siguientes).

En líneas generales, se considera que la transposición efectuada es correcta, sin perjuicio de las observaciones concretas que se formulan a continuación.

Previamente, sin embargo, parece oportuno señalar que se echa en falta la articulación de algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial. Así, se ha señalado en el expediente que la regulación proyectada podría completarse introduciendo la posibilidad de inadmitir el recurso en los supuestos tasados legalmente; o incluso podría atribuirse al órgano independiente la facultad para sancionar al recurrente en casos de temeridad o mala fe.

Es cierto que la Directiva 2007/66/CE pone el acento en la articulación de un sistema de recursos rápido y eficaz para garantizar una adecuada protección de los derechos de licitadores y candidatos. Pero no lo es menos que en la contratación pública también está presente el interés general,



CONSEJO DE ESTADO

igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas.

a) Ámbito objetivo del recurso

Una de las observaciones que más se ha repetido ha sido la relativa a la conveniencia de extender la aplicación de este mecanismo a todos los contratos, y no únicamente a los contratos sujetos a regulación armonizada. Frente a esta opción, se ha dicho que la aplicación extensiva del recurso podría dificultar la eficacia de las previsiones pues se dilataría de forma inconveniente la tramitación de los procedimientos de adjudicación en los contratos de menor entidad económica.

EFECTIVAMENTE, el apartado 1 del nuevo artículo 310 de la Ley 30/2007 refiere el ámbito de aplicación del recurso a los contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderá a los restantes contratos del sector público (con las precisiones contenidas en las letras b) y c) del mencionado apartado). A este respecto y como ya apuntó el Consejo de Estado en el mencionado dictamen 514/2006, "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 puedan plantearse se tramiten y resuelvan antes de celebrarse el contrato. 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. Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/2007.



CONSEJO DE ESTADO

Así se ha hecho, por lo demás, en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Debe llamarse la atención, sin embargo, sobre el hecho de que el Consejo de Estado francés viene interpretando de modo estricto el artículo L 551-1 del Código de Justicia Administrativa con arreglo al cual se venía considerando que cabía acudir al mecanismo del *référé précontractuel* incluso cuando no se había producido una lesión derivada de infracción de las normas de publicidad y concurrencia. A partir del *arrêt Syndicat mixte Intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe*, de 3 de octubre de 2008, se considera que una empresa está legitimada en relación con el aludido recurso únicamente si su pretensión se fundamenta en incumplimientos que, en atención a su alcance y a la fase del procedimiento en que se producen, son susceptibles de haberle causado un perjuicio o implican el riesgo de causárselo, aunque sea de modo indirecto al suponer una ventaja para otra empresa concurrente.

Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados.

b) Carácter exclusivo y potestativo del recurso

La regulación proyectada mantiene el carácter exclusivo del recurso especial, de modo que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que se mencionan en el proyectado artículo 310.2 de la Ley 30/2007 (apartado 5 de este mismo artículo). Como ya se dijo en el dictamen 514/2006, es conveniente mantener este carácter exclusivo, sin perjuicio de lo cual se reconoce expresamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan prever la interposición de recurso administrativo previo (segundo párrafo del artículo 311.2 proyectado).



CONSEJO DE ESTADO

Por lo que se refiere al carácter potestativo u obligatorio del recurso, la redacción vigente del artículo 37.1 de la Ley 30/2007 establece que "las decisiones a que se refiere (...) deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que regula este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo". Por su parte, el comienzo del apartado 1 del nuevo artículo 310 se expresa en los siguientes términos: "Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo los actos...".

La redacción proyectada apunta hacia la configuración del recurso especial como recurso potestativo. Esta es la solución que el Consejo de Estado considera más acertada, como ya subrayó en 2006. Debe, sin embargo, recogerse en el anteproyecto de forma clara y que no ofrezca lugar a dudas, indicando expresamente que dicho recurso tiene carácter potestativo.

c) Medidas cautelares

El proyectado artículo 313 de la Ley 30/2007 (y, en la misma línea, el artículo 103 de la Ley 31/2007) regulan la solicitud de "medidas cautelares de carácter provisional".

Los adjetivos empleados son reiterativos. Bastaría con calificar dichas medidas como medidas provisionales, siendo esta la terminología empleada por la Ley 30/1992.

De otra parte, no se prevé la posibilidad de solicitar la medida cautelar de suspensión contra actos distintos de la adjudicación (pues de ser ésta el acto recurrido lleva aparejada la suspensión automática) en un momento ulterior a la interposición del recurso y antes de que recaiga resolución. Debería incluirse tal posibilidad.

d) Iniciación del procedimiento y plazo de interposición

El proyectado artículo 314 regula la iniciación del procedimiento de recurso y el plazo para su interposición (siendo su equivalente en el marco de la Ley 31/2007 el artículo 104), señalándose en su apartado 2 que dicho



CONSEJO DE ESTADO

procedimiento "se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado".

No cabe sino reiterar en este punto, frente a las observaciones formuladas en el expediente, las consideraciones que se han hecho con anterioridad en relación con el proyectado artículo 140.3 de la Ley 30/2007. El criterio de la remisión de la notificación aparece expresamente recogido en el artículo 2 quáter de la Directiva de recursos y permite garantizar la simultaneidad de las notificaciones, lo que tiene importancia a efectos de la ulterior formalización del contrato, ya que garantiza que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la Ley al ser único para todos los licitadores y candidatos el *dies a quo*.

M

El proyectado apartado 4 del artículo 314 de la Ley 30/2007 establece que la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. En la redacción prevista para el apartado 3 del artículo 104 de la Ley 31/2007 sólo se prevé la presentación en el registro del órgano competente para resolver la reclamación. A juicio del Consejo de Estado, debiera introducirse la posibilidad de presentar dicho escrito ante la entidad contratante.

De otra parte y puesto que únicamente cabe la presentación por registro (opción que está justificada por la necesidad de conciliar la articulación de un recurso eficaz con un sistema que paralice el menor tiempo posible la celebración del contrato), se subraya la importancia de adoptar en la práctica las medidas precisas para garantizar que tales registros se encuentran abiertos todos los días hábiles.

Finalmente, la estructura de los preceptos comentados puede ser fácilmente mejorable: anuncio previo de la intención de interponer recurso; lugar y plazo de interposición y, en su caso, distintas fórmulas para su cómputo; contenido del escrito y documentos que deben acompañarse, incluido el justificante de haber realizado el anuncio previo; subsanación de defectos.



CONSEJO DE ESTADO

Y también como observación de carácter formal, debe revisarse la redacción del apartado 1 de ambos artículos. Tomando como ejemplo el artículo 104, se propone la siguiente redacción: "Todo aquel que se proponga interponer reclamación en los términos previstos en el artículo 101 deberá anunciarlo previamente mediante escrito presentado ante la entidad contratante dentro del plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición de la reclamación. En dicho escrito deberá indicarse el acto del procedimiento contra el que irá dirigida la reclamación que se interponga".

e) Resolución

El proyectado artículo 317 de la Ley 30/2007 regula la resolución del recurso (en el mismo sentido, artículo 106 de la Ley 31/2007).

La redacción prevista para el apartado 2 de ambos preceptos debería reflejar de un modo más preciso el posible contenido de la resolución, pues se han suscitado dudas en cuanto a si dicho contenido ha de limitarse a la anulación del acto ilegal o, por el contrario, puede incluir la determinación misma del adjudicatario.

A juicio del Consejo de Estado, la resolución ha de limitarse a la anulación de las actuaciones ilegales, si bien se sugiere completar el referido apartado con unas previsiones similares a las que se establecen en el artículo 239.2 de la Ley General Tributaria en relación con las resoluciones de los órganos económico-administrativos: la resolución estimatoria podrá anular total o parcialmente el acto impugnado por razones de derecho sustantivo o por defectos formales, pudiendo ordenarse la retroacción de las actuaciones al momento procedimental que resulte oportuno.

f) Efectos de la resolución

El proyectado artículo 319 de la Ley 30/2007 establece, como uno de los efectos de la resolución del recurso, lo siguiente:



CONSEJO DE ESTADO

"Tanto los órganos de contratación autores del acto impugnado como los órganos que tengan encomendada la función fiscalizadora de los mismos podrán instar la declaración de lesividad en los términos establecidos en el artículo 19.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando discreparan de la resolución".

La finalidad de esta previsión parece ser la de introducir un mecanismo que permita al órgano de contratación, en el caso de que discrepe de la resolución dictada por el órgano de recurso, acceder a la vía contencioso-administrativa. Sin embargo, por las razones que a continuación se expondrán, es dudoso que la posibilidad de instar la declaración de lesividad permita cumplir, con carácter general, ese objetivo.

La declaración de lesividad, tal y como se configura legalmente (artículo 103 de la Ley 30/1992 y artículo 19.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), es un instrumento que permite a la Administración autora de un acto determinado, que considera contrario al ordenamiento jurídico, abrir la vía contencioso-administrativa para su impugnación.

Supuesto lo anterior, la posibilidad de "instar" la declaración de lesividad de la resolución dictada por el órgano de recurso debe interpretarse en el sentido de que el órgano de contratación únicamente puede solicitar al órgano de recurso que realice tal declaración, pero en ningún caso declarar él mismo la lesividad de dicha resolución. Por tanto, es a los órganos de recurso, en tanto que autores del acto en cuestión, a quienes, en última instancia, corresponde la competencia para declarar la lesividad.

De este modo, puesto que la declaración de lesividad se configura como un requisito indispensable para el acceso a la vía contencioso-administrativa, la posibilidad para el órgano de contratación de acudir a dicha vía depende en la práctica de la decisión del propio órgano de recurso: si éste



CONSEJO DE ESTADO

acuerda no declarar lesiva su resolución, se cierra la vía contencioso-administrativa para el órgano de contratación.

En definitiva, la previsión examinada suscita dudas en cuanto a su operatividad desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no permite garantizar con carácter general el acceso del órgano de contratación a la vía contencioso-administrativa. Ello resulta especialmente delicado cuando el órgano de contratación y el órgano de recurso se integran en Administraciones distintas, lo que sucederá siempre (al menos con arreglo al esquema diseñado en el anteproyecto de Ley) en el caso de los Ayuntamientos, respecto de los cuales el órgano de recurso será un órgano de carácter provincial, autonómico o estatal. Cabría, pues, sopesar la conveniencia de articular algún mecanismo impugnatorio específico que permita resolver los problemas planteados.

MM

Con independencia de lo anterior, se comparte el criterio de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos en cuanto a la conveniencia de suprimir la mención a los órganos que tienen encomendada la función fiscalizadora.

Por su propia configuración y en atención a su independencia funcional, no parece que las resoluciones de los órganos independientes de recurso y, en particular, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, deban estar sujetas a la función Interventora. Y, sin embargo, la legitimación de los órganos de intervención para instar la declaración de lesividad supondría que, en última instancia, las decisiones del Tribunal estarían sometidas a un nuevo control por parte de dichos órganos.

Por tanto, debe suprimirse la mención indicada, sin perjuicio de lo cual podría señalarse expresamente en el anteproyecto que las resoluciones de los órganos independientes de recurso no están sujetas al control de la función



CONSEJO DE ESTADO

Interventora (sí lo podrá estar, en cambio, el nuevo acto dictado por el órgano de contratación en ejecución de la resolución recaída en un recurso especial).

g) Técnica normativa

Como ya se ha dicho anteriormente, los nuevos artículos 310 y siguientes de la Ley 30/2007 estarían mejor ubicados dentro de un nuevo Libro, el VI, lo que permitiría una mejor ordenación y estructuración de su contenido. Otra posibilidad sería buscar una rúbrica para el Libro V que refleje adecuadamente el nuevo régimen especial de revisión en él incluido.

De cara a la elaboración de un texto refundido de la Ley, la ubicación idónea de la regulación proyectada es: la relativa al Tribunal, como un capítulo nuevo dentro del título I del Libro V, como ya se ha avanzado; y la relativa al recurso y procedimiento como un capítulo independiente al final del Libro III.

Por lo que se refiere a la Ley 31/2007, en el párrafo introductorio del apartado dos del artículo segundo del anteproyecto debe precisarse que los artículos 101 a 108 "pasan a integrar el capítulo I del título al que se refiere el apartado anterior".

Por otra parte, dentro de los preceptos de esta Ley que se derogan y que se recogen en el apartado cuatro del comentado artículo, deben incluirse expresamente los artículos 12 a 14 de la Ley, pues el referido apartado deroga únicamente los capítulos III y IV del título VII, pero no los preceptos aludidos, que se ubican en la redacción vigente al final del capítulo II.



CONSEJO DE ESTADO

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. someter a la aprobación del Consejo de Ministros, para su posterior elevación a las Cortes Generales como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 29 de abril de 2010
EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA SEGUNDA DEL GOBIERNO Y
MINISTRA DE ECONOMÍA Y HACIENDA.