



## EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: ¿ACTUALIZACIÓN O REFORMA?

### El anteproyecto de Ley

En lo relativo al régimen de invalidez de los contratos y el recurso especial en materia de contratación, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público remitido por el Gobierno al Consejo de Estado para su Dictamen preceptivo en pleno, contemplaba novedades sustanciales con respecto a las previsiones del actual Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, el “**TRLCSP**”). De entre ellas, cabe destacar las siguientes:

- La **desaparición de la cuestión de nulidad** para ciertos supuestos especiales de nulidad, que se proyecta incluir como causas de nulidad de derecho administrativo.
- En lo referido específicamente al **recurso especial** en materia de contratación, la reordenación prevista en el anteproyecto incluía profundos cambios en su configuración:
  - **Continuaba circunscrito a los contratos sujetos a regulación armonizada (contratos SARA)**, pero ampliando su ámbito objetivo, esto es, las actuaciones susceptibles de recurso<sup>1</sup>.
  - Se fijaba el **carácter preceptivo y no meramente potestativo del recurso**, tal y como se configura en el TRLCSP, debiendo interponerse obligatoriamente para agotar la vía administrativa y acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.
  - El anteproyecto contemplaba su **carácter excluyente** respecto de cualquier otro recurso administrativo ordinario, anulando cualquier posibilidad de las Comunidades Autónomas de crear un recurso previo al recurso especial en materia de contratación.

---

<sup>1</sup> Contemplando como actos susceptibles de recurso (i) determinadas modificaciones de los contratos al entender que esa modificación debió ser una nueva adjudicación y no una mera modificación, así como (ii) los encargos a los medios propios.

- Establecía la imposibilidad de acudir a la revisión de oficio de la resolución que ponga fin al recurso.
  - Se acogía expresamente la regla “*contractus lex*” -el contrato, una vez perfeccionado, constituye la primera Ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento-, en cuya virtud se contemplaba la **inadmisión del recurso contra los pliegos y documentos contractuales** que hayan de regir la contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, **hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente**<sup>2</sup>.
- Mención aparte merece resaltar el **carácter continuista del anteproyecto en cuanto la forma y lugar de presentación del recurso**, al mantener la exigencia de su presentación ante el registro del órgano de contratación o ante el órgano competente para la resolución del recurso. Por lo demás, se eliminaba la posibilidad de que las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas acudieran al arbitraje para la resolución conflictos.

#### La posición del Consejo de Estado

Por cuanto se refiere al artículo cardinal regulador del recurso, el artículo 44 del anteproyecto<sup>3</sup>, el Consejo de Estado (en adelante, “Cde”) mantiene y reitera lo expresado en el Dictamen 514/2006 con ocasión de informar el anteproyecto de Contratos del Sector Público, que posteriormente sería la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>4</sup>. En esencia,  **juzga de forma negativa la inclusión del carácter preceptivo del recurso y en cuanto al ámbito de aplicación sugiere la extensión del recurso y la regulación de las medidas cautelares a los contratos no sujetos a regulación armonizada** y, en todo caso y como mínimo, cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores; todo ello, expresa, en orden a no producir una injustificada restricción de las garantías con las que cuentan los interesados.

<sup>2</sup> Destaca el Consejo de Estado que, según antigua y reiterada jurisprudencia, ante la ausencia de impugnación de los Pliegos, al haber sido aceptada la regla de que el Pliego es la Ley del contrato, con fuerza para ambas partes, sería esta misma regla la que impediría a quien ha aceptado el Pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones.

<sup>3</sup> Actual artículo 40 TRLCSP.

<sup>4</sup> Expresaba en su momento en el Dictamen 514/2006 cuanto sigue: “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”.

Por cuanto se refiere a la **condición de *contractus lex***, el mismo CdE expone que, frente a la doctrina que sirve para mantener la tesis de la excepción del acto consentido, juegan tres tipos de razones (i) la posibilidad de combatir los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho; (ii) la existencia de jurisprudencia que admite la posibilidad de impugnación, aun en casos de simple anulabilidad y (iii) la imposición del efecto útil de la Directiva de recursos por parte del Derecho de la Unión Europea y la contradicción de este efecto útil con una regla de esta naturaleza. En consecuencia, **el CdE sugiere su supresión, dejando en cada caso la respuesta a la impugnabilidad de esos documentos al órgano competente para conocer del recurso**. Será este órgano el que deba ponderar adecuadamente las circunstancias en juego a la hora de adoptar su decisión.

No quisiéramos concluir esta breve referencia a la posición del CdE sin destacar, por último, **la llamada de atención que efectúa sobre el artículo 51.3 del anteproyecto, regulador de la forma y lugar de presentación del recurso**. Destaca así el CdE que esa regulación proyectada -idéntica, por otra parte, a la existente en la actualidad- difiere sustancialmente de lo previsto en la normativa general reguladora del procedimiento administrativo y es una regulación que ha causado **graves perjuicios y dificultades a los administrados**, hasta el punto de colocarles en una situación de indefensión ante la imposibilidad de accionar frente a la actuación de los poderes adjudicadores. Ello aun a pesar de que el párrafo segundo del artículo 51.3 venía a recoger la novedad ya incluida en el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, en el que se prevé que la presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo será válida si en el mismo día de la presentación se remite al órgano competente para resolverlo o al órgano de contratación una copia del escrito en formato electrónico, considerándose como fecha de entrada, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia<sup>5</sup>.

### Las “rectificaciones” del Proyecto de Ley sometido a las Cortes

Tras su paso por el CdE, el texto, ya como Proyecto de Ley sometido a las Cortes Generales, presenta una serie de rectificaciones en su regulación con respecto al anteproyecto que hace que no difiera, en lo sustancial, de la regulación actualmente en vigor:

---

<sup>5</sup> El Dictamen del CdE se expresa en los siguientes términos: “[...] *No se alcanzan a este Cuerpo Consultivo las razones por la que se excluye la aplicación del sistema de presentación de escritos y registro general establecido en la legislación de procedimiento administrativo, instituido desde hace ya largos años en beneficio del administrado y menoscabado injustificadamente en materia de contratación pública. La eventual invocación de razones de celeridad no es bastante para comprometer el derecho de acceso al recurso de los interesados. Por ello, se considera que debía reconsiderarse el sistema diseñado, estableciendo la vigencia del sistema general de formas de presentación de escritos instituida en la legislación de procedimiento administrativo, sin perjuicio de prever que, en el caso de que el recurso se presentara en un registro distinto de aquel del órgano de contratación o competente para resolver, deberá comunicarse tal hecho a estos de manera inmediata y de la forma más rápida posible*”. Esta observación se formulaba con carácter de esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

- Con acertado criterio, se elimina el carácter preceptivo del recurso y **vuelve a configurarse como un recurso meramente potestativo.**
- Se mantiene su **carácter excluyente** respecto de cualquier otro recurso administrativo ordinario y pervive la imposibilidad de acudir a la revisión de oficio de la resolución que ponga fin al recurso.
- **Desaparece la concreta causa de inadmisión del recurso contra los pliegos y documentos contractuales si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente<sup>6</sup>.**
- Como cualquier otro recurso administrativo, **el escrito de interposición podrá presentarse tanto en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso como en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre**, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Se matiza expresamente que los escritos presentados en registros distintos de los del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible. Ahora bien, sin carácter preceptivo y sin contemplar sanción alguna por su incumplimiento.
- Aun cuando se haya ampliado su objeto, **el recurso continúa circunscrito a los contratos SARA.**

#### Una breve reflexión de *lege ferenda*

Con ocasión de la aprobación de la Ley del 2007 y de su reforma en 2011, buena parte de la doctrina científica tuvo ocasión de sostener un criterio contrario al mantenido por el legislador y criticar abiertamente -siguiendo, para ello, el parecer expresado por el supremo órgano consultivo del Gobierno- lo que se entendía como “una oportunidad perdida” por el legislador para configurar un cuerpo completo y unitario de regulación que proyectara el mismo nivel de protección para todo tipo de contratos y licitadores con independencia de su importe o de la categoría del contrato ante el que nos encontraríamos<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Desaparece del proyectado artículo 55 siguiendo así el criterio sentado por el CdE que sugería su supresión, dejando en cada caso la respuesta a la impugnabilidad al órgano competente para conocer del recurso, que deberá ponderar adecuadamente las circunstancias en juego a la hora de adoptar su decisión.

<sup>7</sup> Esa misma opinión fue la sostenida por ARRANZ DESCALZO, DANIEL, en *Comentarios a las modificaciones de la legislación de contratos del Sector Público*, DE HOCES ÍÑIGUEZ JOSÉ RAMÓN (COORD.) y ALCOLEA CANTOS, ANTONIO (COORD.), Madrid, Editorial Bosch, año 2012, páginas 226 y siguientes, en el que se expresaba cuanto sigue:

*“En nuestra opinión se ha perdido una nueva oportunidad por el legislador para configurar un cuerpo completo y unitario de regulación que proyecte el mismo nivel de protección para todo tipo de contratos y licitadores con independencia de su importe o de la categoría del contrato ante el que nos encontremos. La idea de la ausencia de una adecuada y fundada justificación para establecer un distinto mecanismo de control en función del tipo de contrato ante el que nos encontremos ya fue apuntada, como*

Es posible que se haya perdido una nueva oportunidad para configurar ese cuerpo completo y unitario de regulación. Ahora bien, no es menos cierto que, en un contexto político como el actual, con unas Cortes Generales fragmentadas, puede que la última palabra no esté dada.

El **Proyecto de Ley** -en el que la regulación del recurso especial en materia de contratación incluye, como hemos visto, **medidas reformadoras de relevancia limitada**- se encuentra **actualmente en trámite de enmiendas al articulado en el Congreso**. No podemos anticipar cuál será el sentido y el contenido definitivo del precepto, máxime en un escenario como el actual. Lo que sí podemos avanzar y nos permite aproximarnos siquiera con un poco más de seguridad al sentido definitivo que tendrá la reforma, es el hecho cierto de que, más allá el sentido dispar de muchas de ellas, **múltiples enmiendas presentadas** por las principales fuerzas políticas de la oposición parlamentaria **tienen un hilo conductor definido y común: la eliminación de la actual limitación del objeto del recurso a los contratos SARA**<sup>8</sup>.

En definitiva, el futuro de una cuestión cardinal como lo es el objeto del recurso especial en materia de contratación, en un contexto político como el actual, puede estar aún por escribir.

Esta nota ha sido elaborada por Gomez Arranz Abogados, S.L.P. con fecha 17 de julio de 2017. La información contenida en ella es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Gomez Arranz Abogados, S.L.P. no asume compromiso alguno de actualización ni revisión de su contenido.

Para más información puede consultar nuestra web [www.gomezarranz.com](http://www.gomezarranz.com)

---

*hemos visto, por el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006 y ha sido reiterada en el emitido con ocasión de informar el anteproyecto de Ley de reforma presentado a las Cortes Generales.*

*Ejemplos de lo anterior, por lo demás, los encontramos en nuestro entorno europeo. Como ejemplo paradigmático el réferé précontractuel francés en el que se extiende el ámbito de control de las reglas de publicidad y concurrencia y, por ende, el mecanismo de reacción frente a sus eventuales vulneraciones, a toda clase de contratos con independencia de su inclusión o no en el alcance de las Directivas comunitarias. [...] Resulta así que el legislador español, al excluir la posibilidad de recurrir los actos dictados en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias se ha quedado a medias. Ha extendido el ámbito de aplicación del recurso a determinados contratos no incluidos en las Directivas de recursos (los previstos en las b) y c) del artículo 311.1 LCSP) con base en un mero criterio cuantitativo, pero ha excluido esta concreta garantía, ha vedado la posibilidad de recurrir de manera rápida y eficaz las incidencias del procedimiento de adjudicación en otro tipo de contratos. En suma, se sigue manteniendo una diferenciación injustificada entre licitadores que impide que el régimen articulado pueda calificarse como un régimen completo y acabado."*

<sup>8</sup> *Vid.*, a estos efectos, las enmiendas número 47 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, la número 215 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, la 493 del Grupo Parlamentario Socialista o la número 840 del Diputado Homs i Molist, del Grupo Mixto.