

LA VIABILIDAD DEL NOVEDOSO ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Entre las muchas novedades que ha introducido en nuestro "Derecho de la contratación pública" la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, destaca sin duda el denominado "recurso especial en materia de contratación", una suerte de híbrido entre los clásicos recursos de alzada y potestativo de reposición, que ofrece además un valor añadido: el efecto suspensivo que proyecta sobre la adjudicación provisional de un contrato cuando es ésta el objeto de impugnación. Aunque son muchos los foros desde los que han emergido voces contrarias a esta figura, críticas con su diseño y escépticas en cuanto a su utilidad, lo cierto es que el desenvolvimiento de la norma y la aplicación del mencionado recurso empieza a ofrecer, en el terreno de los hechos, frutos reales y de gran utilidad para quienes participan en los tan arduos procesos de licitación pública.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

Como es sabido, en la contratación pública tiene siempre lugar la tramitación de un procedimiento de adjudicación del contrato integrado por varios actos anteriores y distintos al de **adjudicación definitiva**, que es el natural al que tiende el proceso. Estos actos y decisiones se refieren a aspectos diversos del procedimiento, desde el contenido del anuncio de licitación, hasta la redacción de los pliegos, o de las condiciones reguladoras del contrato.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

La recurribilidad de tales decisiones se ha articulado tradicionalmente en nuestro derecho a través de los **recursos administrativos ordinarios de alzada y potestativo de reposición** - obligatorio el primero y potestativo el segundo-, siempre que se tratara de "*resoluciones y (los) actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*" (artículo 107.1 LRJAPPAC¹).

Al margen de los mismos y con posterioridad a ellos queda expedita la **vía jurisdiccional contencioso administrativa**, en la que puede - y debe -, discutirse el ajuste a derecho de las decisiones de los órganos de contratación; si bien con el asumido **inconveniente** que conlleva por un lado, la **continuación del procedimiento de contratación** en el que se dictó la resolución cuya legalidad se discute ante los órganos judiciales; y por otro, el **excesivo lapso de tiempo** que discurre **hasta** la obtención del **pronunciamiento judicial** pretendido.

Una de las principales novedades de la LCSP radica en la regulación expresa de un "recurso especial en materia de contratación", caracterizado porque:

- Sólo cabe contra determinado tipo de actuaciones;
- Su aplicación solo se prevé en relación con contratos concretos;
- Tiene carácter obligatorio (como el recurso de alzada), pero lo resuelve el mismo órgano que dictó el acto o acuerdo impugnado (como el recurso de reposición).
- Tiene efecto suspensivo cuando el objeto de impugnación es la adjudicación provisional del contrato.
- Está sometido a plazos muy breves, tanto para su interposición como para su tramitación y resolución, lo que evita las consecuencias negativas que el transcurso del tiempo proyecta sobre el procedimiento de contratación.

Sin perjuicio de las posibles críticas que esta figura pudiera suscitar (su carácter obligatorio, o su resolución por el mismo órgano que dictó la actuación que se impugna cuando existiera un superior jerárquico); lo cierto es que la **eficacia de esta figura**, y su **operatividad**, se pone de manifiesto con la **comprobación** de que el precepto se aplica y es eficaz al fin que le justifica.

¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

En fecha muy reciente una empresa X, que participó en la licitación de un contrato de suministro de mobiliario convocado por el Ayuntamiento Z, comprobó como el mismo procedía, de manera contraria a derecho, a adjudicar provisionalmente el contrato a la empresa Y, que estaba incurso en baja temeraria.

Dicha adjudicación provisional fue impugnada mediante la interposición de un recurso especial en materia de contratación – artículo 37 LCSP -, ante el mismo órgano que había acordado y notificado la adjudicación provisional. Los motivos esgrimidos por la empresa recurrente pusieron de manifiesto cómo la adjudicación provisional impugnada estaba incurso en un error de cálculo a la hora de fijar las puntuaciones finales de las ofertas, en un error en la valoración de las mismas; y sobre todo en la selección provisional de una empresa que había presentado una oferta con valor anómalo.

La **resolución** que puso fin al recurso **estimó la pretensión esgrimida** por la recurrente y no solo **anuló la adjudicación provisional** a favor de la empresa Y; sino que **procedió a la adjudicación provisional** del contrato a la licitadora X, **promotora del recurso**.

Interesa llamar la atención sobre este supuesto de hecho, real y reciente, no solo por el resultado del recurso, **gratificante y satisfactorio** para la recurrente, sino para subrayar por encima de todo la operatividad del recurso del artículo 37, cuya indefinición inicial, y escasa regulación legal ha determinado su desahucio por una parte importante de juristas.

Su importancia deriva de la situación jurídica actualmente vigente en materia de contratación; una realidad jurídica en la que la nueva LCSP no ha tenido aún **apenas aplicación** y en la que la **Jurisprudencia Contencioso Administrativa** –guía de interpretación de las normas administrativas y parámetro de actuación para Administraciones y administrados- **no se ha pronunciado todavía sobre la misma**².

² Las referencias jurisprudenciales actuales a la LCSP lo son de carácter indirecto, pues a fecha de hoy ninguna de las sentencias del Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo aplica todavía dicha norma, y menos aún el recurso especial en materia de contratación.

A ello debe añadirse la **inexistencia de un verdadero reglamento de desarrollo de la LCSP³**, lo que determina que la **operatividad del recurso especial en materia de contratación** comporta, en este terreno de indefinición y desconfianza en el que aún nos movemos con la nueva norma, una **notable garantía** para todos los interesados en participar en los procesos de licitación pública.

El recurso especial del artículo 37 LCSP se configura así por tanto, como un instrumento al servicio de los intereses jurídicos de los licitadores, presentando una **posibilidad real** de resolver en breve espacio de tiempo, y en vía administrativa⁴, aspectos que normalmente no encontraban solución definitiva sino en vía contenciosa.

Por otro lado, el **efecto suspensivo** que se atribuye **“ex lege”** a la **impugnación de las adjudicaciones provisionales** garantiza la **paralización del procedimiento** hasta la resolución del recurso, impidiendo así que el mismo continúe hasta la adjudicación definitiva o incluso hasta la formalización del contrato; problema con el que nos encontramos día a día al contemplar resoluciones judiciales favorables al recurrente que se pronuncian sobre la ilegalidad de la adjudicación de un contrato en pleno desenvolvimiento o incluso ya finalizado – con los problemas que ello conlleva para la ejecución de la sentencia y la tutela del interés jurídico esgrimido en vía de recurso.

Todas estas circunstancias permiten plantear la **conveniencia de extender el recurso especial** en materia de contratación a todos los contratos administrativos, eliminando su carácter obligatorio y mejorando su funcionalidad; y ello no solo con el objetivo de reforzar los mecanismos de impugnación en materia de contratos públicos – lo que siempre mejora la posición jurídica de los licitadores, y la legalidad y transparencia de los procedimientos de contratación -,

3 Existe, como es sabido, un reglamento de desarrollo parcial en materia de clasificación de las empresas contratistas; Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas; Mesas de Contratación a constituir en el ámbito de las Administraciones Públicas y comunicaciones al Registro Oficial de Contratos; como es el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. A ello debe añadirse el Proyecto de Ley de Captación de financiación en los mercados por los concesionarios de Obras Públicas, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 2009; pero sigue aplicándose el Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

4 Por tanto con un inexistente coste económico frente a la impugnación en vía contencioso administrativa.

sino sobre todo a la vista de la reciente **Sentencia TJCE de 3 de abril de 2008**⁵, y de la necesaria transposición de la **Directiva 2007/66/CE**⁶, relativa a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jpalma@gomezacebo-pombo.com o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

5 La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de abril de 2008 en el asunto C-444/06 Comisión contra España, concluye que el Reino de España no había cumplido sus obligaciones de acuerdo con el artículo 2.1 letras a y b de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, al no establecer un periodo obligatorio para la notificación de la decisión de adjudicación del contrato a todos los licitadores por la autoridad adjudicadora; y al no establecer un plazo mínimo obligatorio de espera entre la adjudicación del contrato y su celebración.

6 La nueva Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos; prevé un plazo mínimo entre la adjudicación y la celebración del contrato de entre 10 y 15 días naturales para permitir la interposición del oportuno recurso. El plazo de transposición de la Directiva 2007/66/CE finaliza el próximo 20 de diciembre de 2009.