

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo

Boletín

Contratos del sector público

N.º 173



El régimen transitorio aplicable al recurso especial en materia de contratación de conformidad con la disposición transitoria 1ª de la Ley 9/2017

Los contratos se rigen por la norma al amparo de la cual fueron celebrados si bien es cierto que, en ocasiones, el derecho transitorio, contempla determinadas especialidades en orden a modificar el régimen aplicable a cuestiones puntuales. Una de estas previsiones transitorias es la contemplada en la DT1ª de la Ley 9/2017, que afecta al régimen relativo a los actos y contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, cuando se trate de expedientes regidos por la norma anterior pero dictados bajo la vigencia de la Ley de 2017. El Tribunal Supremo, en la STS 2696/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2696 – de 16 de mayo de 2024, aclara la interpretación que debe otorgarse a la referida disposición transitoria.

El asunto en el marco del cual tiene lugar el pronunciamiento del Tribunal Supremo trae causa de la presentación de un recurso por BISAN SL contra el acuerdo de la Junta de Gobierno local del Concello de Pons¹ de 30 de abril de 2018, por el que se dispuso la exclusión de su oferta y la adjudicación de la licitación del contrato de servicios a otro contratista. BISAN SL interpuso por tanto contra dicha resolución un recurso especial de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad autónoma de Galicia (TACPCAG), que estimó el recurso.

Frente a esta resolución - resolución 25/2018 de 15 de junio de 2018 del TACPCAG - el Concello de Pons interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia, que dictó sentencia² el 9 de diciembre de 2020 (rec. 4261/2018) desestimando el recurso interpuesto por el Concello.

Finalmente, el Concello, interpuso recurso de casación frente a la Sentencia del TSJG, que fue admitido a trámite mediante Auto de 24 de febrero de 2022, declarando que la cuestión que presen-

¹ Todos los nombres se han alterado.

² Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia, con sede en A Coruña, de 9 de diciembre de 2020 (rec. 4261/2018).

ta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, en el caso de expedientes y contratos regidos por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y que, de acuerdo con el artículo 40 de ese texto legal, no son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, es posible la interposición de este recurso especial al amparo del apartado 4 de la Disposición Transitoria 1ª (en adelante DT1ª) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en el supuesto de impugnarse los actos relacionados en el artículo 44 de esta Ley³.

El conflicto que ha enfrentado a las partes a lo largo de este *iter* procesal es, por tanto, la manera de interpretar la DT1ª apartado 4 de la LCSP y los efectos que produce respecto de los expedientes y contratos regidos por el TRLCSP, pero dictados bajo la vigencia de la LCSP y de conformidad con lo dispuesto en la referida disposición transitoria.

Este debate se suscita porque el contrato licitado era un contrato de servicios con un valor estimado declarado de 200.000 euros. En la medida en la que el umbral mínimo europeo fijado por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26.02.2014, sobre contratación pública en el caso de los contratos públicos de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales, era de 209.000 euros, y el Concello de Pons tiene la consideración de poder adjudicador subcentral

(ex artículo 2.1.3 de la Directiva 2014/24/UE), éste considera que NO CABE recurso especial de contratación.

Frente a esta postura, la empresa recurrente, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad autónoma de Galicia y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideran que resulta de aplicación lo dispuesto en la DT1ª⁴ de la LCSP a los expedientes y contratos regidos por el TRLCSP, pero dictados bajo la vigencia de la LCSP en el sentido de que amplía el objeto del recurso a los contratos previstos en la nueva ley.

Para entender el concreto alcance del debate es conveniente recordar la regulación aplicable, en relación con el recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el TRLCSP y qué es lo que establece la referida DT1ª LCSP.

El artículo 40 TRLCSP (“Recurso especial en materia de contratación: Actos recurribles”) dispone que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

³ En este caso se trata de un contrato de servicios cuyo expediente se inició bajo la vigencia del TRLCSP y de un valor estimado inferior tanto al previsto en el artículo 40 del TRLCSP como el fijado en el umbral del artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE. De acuerdo con tal normativa los actos dictados en su curso no serían susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Por ello, solicita que se declare que, en el caso de contratos y expedientes de contratación regidos por el TRLCSP, si, de conformidad con su artículo 40, tales expedientes y contratos no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, no será admisible la interposición de ese recurso aun cuando este se formule ya bajo la vigencia temporal de la LCSP y se trate de actos de los relacionados en el artículo 44 de esta LCSP.

- a) Contratos de obras [...]
- b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros 4 y c) contratos de gestión de servicios públicos [...] Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17

2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: [...]”.

Pues bien, la disposición transitoria 1ª.4 de la LCSP, bajo la rúbrica “expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”, viene a señalar que:

- “4. Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector

Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

El problema que se discute en el procedimiento de recurso es, por tanto, si, en el caso de expedientes y contratos regidos por el TRLCSP, puede formularse recurso especial de contratación al amparo de la DT1ª.4 LCSP. Se erigen, al respecto, dos interpretaciones distintas:

- Por un lado, la postura del Concello de Pons, que se inspira en la doctrina del TACRC⁴. Esta doctrina establece que la interpretación

⁴ Así, en su resolución 437/2018 afirma que: “(...) se plantea si la Disposición Transitoria 1ª.4, párrafo segundo, excepciona lo determinado en su apartado 1, en concreto, si ampara el recurso especial frente a actos del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, y respecto de contratos mencionados en el artículo 44.1, o si por el contrario, solo habilita el recurso contra dichos actos en sí mismos, como tales, con independencia del contrato respecto del que se dicten, y por ello solo respecto de contratos mencionados en el artículo 40.1 del TRLCSP, que es la norma sustantiva que determina el ámbito objetivo contractual respecto del que es susceptible la interposición del recurso especial frente a otros recursos administrativos, y aplicable ex artículo 40 de dicho TRLCSP al tratarse de expedientes que se rigen por la normativa anterior a la Ley 9/2017. Este Tribunal considera que el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que cabe interponer recurso especial en vez de otros recursos administrativos en el caso de expedientes que se rijan por el TRLCSP al haberse iniciado antes de la vigencia de la Ley 9/2017, es, con arreglo a lo determinado en la Disposición Transitoria Primera 1, el determinado en el artículo 40.1 del TRLCSP en el caso de que el acto recurrido se haya dictado con posterioridad a su vigencia. Lo que implica que, si bien los actos recurribles son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, cuyo elenco es mayor que el del TRLCSP, los contratos respecto de los que se dicten han de ser en ese periodo transitorio, los contratos que menciona el artículo 40.1 del TRLCSP, y, además, significa que la nueva Ley ha ampliado el ámbito objetivo del recurso especial solo respecto de los actos en sí mismos considerado dictados en expedientes iniciados con posterioridad a su vigencia. Por tanto, los actos mencionados en el artículo 44.2 de la nueva Ley que antes de su vigencia no eran recurribles, sí lo serán no solo cuando se dicten en expedientes iniciados con posterioridad a la vigencia de aquella Ley, sino también cuando hayan sido dictados en expedientes iniciados antes, pero dictados con posterioridad a dicha vigencia. De esa forma se armoniza y adquiere cabal sentido el contenido de la Disposición Transitoria Primera, 1, con el de su apartado 4, párrafo segundo, de forma que no se amplía el ámbito sustantivo de los contratos respecto de los que cabe el recurso en ese periodo transitorio, en contra de lo que determina el apartado 1 de dicha Transitoria Primera, pero sí los actos que pasan a ser susceptibles de recurso especial”.

de la disposición transitoria 1ª.4 de la LCSP, consiste en que ese precepto se refiere a las “actuaciones” recurribles previstas en el artículo 44.2 de la LCSP, pero no a los “contratos” susceptibles de recurso que, en base al apartado 1 de la antedicha disposición transitoria de la LCSP, serían únicamente los señalados en el TRLCSP.

- Frente a esta postura, la empresa recurrente, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad autónoma de Galicia y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideran que una interpretación literal de la DT1ª4 LCSP en relación con el artículo 44.1 de esa misma norma, que determina que “*serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros*”, permite concluir que sí resulta posible acudir al recurso especial en materia de contratación, máxime cuando del preámbulo de

la LCSP – parte IV – se infiere con claridad que se propone una ampliación del ámbito de aplicación del referido recurso.

Analizadas ambas posiciones, el TS concluye – FJ3 - en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, que ha de afirmarse que cuando la Disposición Transitoria Primera, apartado cuarto, de la LCSP afirma que “*en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse este recurso especial “contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía”, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor*”, lo que hace es ampliar el ámbito de este recurso especial a determinados actos que conforme a la nueva ley pueden ser recurridos por este cauce especial, pero mantiene inalterado el ámbito de los contratos a los que se aplica.

Así las cosas, estima el recurso de casación contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 9 de diciembre de 2020 (rec. 4261/2018) y estima el recurso interpuesto por el Concello de Pons contra la resolución 25/2018 de 15 de junio de 2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad autónoma de Galicia, anulando dicha resolución.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©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.