

LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, POR LA QUE SE TRANSPONEN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL LAS DIRECTIVAS DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 2014/23/UE Y 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRERO DE 2014.

Fecha de esta ficha: 20 de febrero de 2018

En esta circular se aborda el enfoque y las novedades de la nueva ley en relación al régimen jurídico aplicable a los contratos del sector público -arts. 24 a 27 LCSP-, régimen de invalidez -arts. 38 a 43-, y la revisión de sus actos en vía de recurso, con especial incidencia de su peculiaridad más destacada, el recurso especial en materia de contratación -arts. 44 a 60-.

Una de las novedades más importantes de la nueva ley de contratos es que incorpora una sorprendente “*administrativización*” de los actos de preparación y adjudicación de los contratos de las entidades privadas (sociedades, fundaciones, asociaciones...) dependientes de las Administraciones Públicas.

De resultas de ello, los actos de preparación y adjudicación de los contratos regulados por esta ley, celebrados por cualesquiera entidad del sector público, son susceptibles de revisión de oficio -art. 41.2 LCSP- y recurso en vía administrativa -arts. 44 y 321.5 LCSP-, atribuyéndose el conocimiento de la revisión de su legalidad a la jurisdicción contencioso-administrativa -art. 27 LJCA-.

Junto a ello, cabe destacar la ampliación de los supuestos en los que el recurso administrativo especial será la vía administrativa de impugnación, la alteración en alguna de las causas de nulidad, y, al futuro, la posibilidad de creación por las Diputaciones provinciales de órganos independientes resolutorios de este recurso.

Debe advertirse, desde la perspectiva de brevedad y enfoque práctico que se intenta lograr con estas Circulares, que, dada la abrumadora prevalencia de pequeñas entidades locales en nuestra provincia, y la correlativa escasa presencia de entidades del sector público no administración pública -poderes adjudicadores o no-, la importancia de la novedad en la faceta doctrinal no se acompaña con la de la práctica. Si acaso, la importante minoración en los importes a partir de los cuales el recurso administrativo potestativo que cabe interponer es el recurso especial, especialmente en Aragón, sí aconseja una mayor atención a esa figura por las pequeñas entidades locales.

En cualquier caso, se acompaña a continuación un cuadro resumen donde se pretende plasmar el complejo entramado de sujetos contractuales, tipos de contratos, régimen jurídico, recursos administrativos y orden jurisdiccional competente. A la vista del mismo tal vez resulte más claro el análisis que sigue:

CUADRO RÉGIMEN JURÍDICO, RECURSOS Y JURISDICCIÓN (LCSP arts. 24 a 27, y 44)

TIPO DE ENTE	CARÁCTER DEL CONTRATO	TIPO DE CONTRATO	FASE CONTRATACIÓN	RÉGIMEN JURÍDICO	RECURSOS	JURISDICCIÓN COMPETENTE
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	ADMINISTRATIVOS.	TÍPICOS	TODAS	LCSP Dº Administrativo Dº Privado	ESPECIAL: Art. 44 LCSP y en Aragón, obras > 200.000 €, servicios y suministros > 60.000 €. para actos de preparación y adjudicación y rescate concesiones . En el resto, RECURSOS ORDINARIOS	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
		ESPECIALES		Normas específicas. LCSP Dº Administrativo Dº Privado		
	PRIVADOS		PREPARACIÓN , ADJUDICACIÓN	LCSP Dº Administrativo Dº Privado	R. ESPECIAL SERVICIOS ART. 44S/ RECURSOS ORDINARIOS	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
			CUMPLIMIENTO, EFECTOS Y EXTINCIÓN	Dº Privado, salvo contratos SARA de servicios privados y base de datos donde se aplica LCSP: condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación, y resolución		CIVIL salvo contencioso-administrativo en SARA por entender que modificación debió ser objeto de nueva adjudicación -ART..27.1-
PODERES ADJUDICADORES NO AAPP (PANAP)	PRIVADO	SARA	PREPARACIÓN , ADJUDICACIÓN	Art. 26.3 y 317 (remisión a la preparación y adjudicación AAPP)	RECURSO ESPECIAL	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
			CUMPLIMIENTO, EFECTOS Y EXTINCIÓN	Dº Privado; salvo invalidez de las modificaciones -art. 44.2.d- y otros aspectos, art. 319 LCSP		CIVIL salvo contencioso-administrativo por entender que modificación debió ser objeto de nueva adjudicación -ART..27.1-
		NO SARA	PREPARACIÓN ADJUDICACIÓN	Art. 26.3 y 318 LCSP, adjudicación directa cuantías contrato menor, e indistintamente cualquiera de los procedimientos AAPP, salvo negociado sin publicidad solo en los términos del art. 168.	RECURSO ESPECIAL: Art. 44 LCSP y en Aragón, obras > 200.000 €, servicios y suministros > 60.000 Resto, ALZADA IMPROPIO -art. 44.6- LCSP-	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
			CUMPLIMIENTO, EFECTOS Y EXTINCIÓN	Dº Privado; salvo invalidez de las modificaciones -art. 44.2.d- y otros aspectos, art. 319 LCSP		CIVIL salvo contencioso-administrativo por entender que modificación debió ser objeto de nueva adjudicación -ART..27.1-
RESTO SECTOR PÚBLICO	PRIVADO		PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN	Art. 26.4 y 321 LCSP Principios contrat. pública. Instrucciones o régimen 321.2	ALZADA IMPROPIO -art. 321.5-	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
			CUMPLIMIENTO, EFECTOS Y EXTINCIÓN	322 LCSP. Dº Privado. responsabilidad del proyectista, 314-		CIVIL
SUBVENCIONADOS	PRIVADO	SARA	PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN	Dcho. Administrativo . 41.2 LCSP .Dº Privado,	RECURSO ESPECIAL -ART. 47-	CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA
			EFECTOS Y EXTINCIÓN	Privado		CIVIL salvo contencioso administrativa por la modificación.
ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS	NO CONTRATO		FORMALIZACIÓN. Cumplimiento requisitos	ARTÍCULO 32 LCSP	RECURSO ESPECIAL cuando no se pueda fijar importe, o >100.000 €. Resto, ORDINARIOS o ALZADA impropio si PANAP	CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1.- Régimen jurídico y Jurisdicción competente.

La consolidada tradición de la legislación contractual pública española, plasmada en el todavía vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 2011 (TRLCSP) distingue entre contratos administrativos (obras, servicios...) y privados (los contratos celebrados por las Administraciones públicas distintos a los anteriores, y todos aquellos celebrados por el resto de entidades del sector público -poder adjudicador o no- que no fuesen Administraciones Públicas).

Esa dualidad determina, a grandes rasgos, un distinto régimen jurídico. En los contratos administrativos, la preparación, adjudicación, efectos y extinción de los mismos se rigen directamente por lo previsto en la ley de contratos y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente por el resto de derecho administrativo, y, en último término, *“en su defecto”*, por el derecho privado.

Por su parte, en los contratos privados hay que atender a la naturaleza del sujeto contratante:

- en el caso de los celebrados por una Administración Pública, las fases de preparación y adjudicación se rigen por la ley de contratos -derecho administrativo-, mientras que efectos y extinción lo hacen por el derecho privado.

- en el caso de los celebrados por el resto de las entidades del sector público su régimen jurídico, en todas sus fases, era el propio del derecho privado; salvo en los sujetos a regulación armonizada (contratos SARA) donde la incidencia de las Directivas europeas había introducido una “administrativización” de su régimen para los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, en especial en las fases de preparación y adjudicación.

La consecuencia esencial de la sujeción a uno u otro régimen jurídico, como es bien sabido, es que en las relaciones sujetas al derecho administrativo la Administración (el órgano de contratación) goza de una serie de privilegios o prerrogativas que le permiten definir e imponer su derecho por sí misma, sin perjuicio de que el contratista pueda acudir a los Tribunales, tal y como aun se regulan en el art. 210 TRLCSP y se recoge en el art. 190 de la nueva Ley.

Pues bien, en este conocido marco la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, que mantiene inalterable el régimen jurídico de los contratos administrativos -art. 25 LCSP-, introduce una ampliación del régimen jurídico administrativo a los contratos privados, que, a partir de su entrada en vigor, va a ser de aplicación a las entidades del sector público no administración pública, tanto a los poderes adjudicadores (en adelante PANAP) como, en distinto grado, al resto de entidades.

Y así, a pesar de que se mantiene la clásica distinción entre contratos administrativos y privados, y los contratos celebrados por PANAP y el resto de entidades del sector público

no administración pública siguen siendo contratos privados, cambia el régimen jurídico aplicable. A saber:

- el art. 26.3 LCSP establece que todos los contratos de los PANAP se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por la ley contractual. Mientras que sus efectos y extinción lo serán por el derecho privado, si bien con abundante afección de la norma administrativa en los términos del art. 319.1 LCSP: materia medioambiental, social o laboral, condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión y subcontratación, racionalización técnica, causa de resolución por imposibilidad de modificación prevista en el art. 211.1.g) de la nueva ley. No expresado en este artículo, pero sí en el 319.2 LCSP, también les será de aplicación la nueva causa de resolución por impago de salarios e incumplimiento condiciones del convenio -art. 211.1.i)- y las establecidas en los artículos 279 y 294 para las concesiones de obras y concesiones de servicios.

- el art. 26. 4 LCSP, referido a los contratos de las entidades del sector público que no son ni administración pública ni poder adjudicador, con remisión a los arts. 321 y 322 LCSP, “*administrativiza*” también las fases de preparación y adjudicación al sujetarlas a lo regulado en unas instrucciones basadas en los principios contractuales públicos o a unas reglas establecidas al efecto en el art. 321.2. Respecto a los efectos, modificación y extinción atenderán a las normas de derecho privado que les sean de aplicación.

Ello tendrá repercusión, sobre lo que volveremos con mayor detalle, en el sistema de invalidez de actos y de recursos administrativos, pero -como articula el 27 LCSP- ya de por sí cambia la distribución entre ordenes jurisdiccionales.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo seguirá conociendo de todas las cuestiones relativas a los contratos administrativos y sobre la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas, así como de los contratos SARA de los PANAP y los subvencionados sujetos a regulación armonizada, pero amplía su conocimiento en el resto de contratos privados:

- a las impugnaciones de la modificación de los contratos privados específicos de las AAPP (servicios financieros, creación artística y literaria, espectáculos, suscripción a revistas, publicaciones y bases de datos) por entender que debió ser objeto de nueva licitación -art. 27.1.b 2º párrafo LCSP-.

- a las referidas a la preparación, adjudicación, y modificación basada en que debió ser objeto de nueva licitación, de todos los contratos PANAP -art. 27.1 c) LCSP-.

- las relativas a la preparación y adjudicación de todos los contratos de las entidades del sector público no PANAP -art. 27.1 d) LCSP-.

- las impugnaciones de los recursos administrativos establecidos ahora frente a esos actos preparatorios y adjudicatarios de las entidades no administración pública -art. 27.1 e)

LCSP-.

Por su parte la jurisdicción civil, que correlativamente ha visto reducido su ámbito de conocimiento, conocerá -art. 27.2 LCSP- de los efectos y extinción de todos los contratos privados, con la excepción antedicha de la impugnación de modificaciones de contratos celebrados por poderes adjudicadores por entender que debió haber nueva licitación.

2.- La invalidez de los contratos del sector público.

Regulada la invalidez de los contratos en el capítulo IV, arts. 38 al 43, ambos inclusive, del Libro I de la nueva LCSP, tras definir en el art. 38 su ámbito -los supuestos-, se distingue entre causas de invalidez de derecho administrativo (art. 39, nulidad; 40, anulabilidad; 41, revisión de oficio; 42, efectos) y causas de invalidez de derecho civil -art. 43-.

Aunque nos encontramos con una estructura idéntica, incluso por el número de artículos, a la del TRLCSP, debe resaltarse, en la línea de lo ya expuesto sobre régimen jurídico, la ampliación por la LCSP del ámbito subjetivo del régimen administrativo de invalidez.

Así surge de la primera línea del art. 38 LCSP, pues donde el art. 31 del TRLCSP refería el régimen de invalidez a *“los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados...”*, la nueva norma lo hace a *“Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el art. 23¹”*.

Pero es que, en realidad y según entendemos, la ampliación del régimen administrativo de invalidez no se circunscribe a los PANAP, sino que el art. 41 -revisión de oficio- lo extiende también a los actos preparatorios y de adjudicación *“...de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas”*. Unos actos de contratación de sociedades, fundaciones u otros entes dependientes con personificación jurídico-privada que ***“A los exclusivos efectos de la presente Ley tendrán la consideración de actos administrativos...”*** Y si los actos de los entes del sector público no administraciones públicas ni poderes adjudicadores son susceptibles de revisión de oficio y, como veremos, de recurso administrativo, deberán ser examinados, precisamente, de los vicios de nulidad y anulabilidad regulados en este capítulo...¿o de qué si no?

De ahí que los actos de preparación y adjudicación de los contratos de las entidades del sector público no administración deban ser notificados con el pie de recurso adecuado en los términos del art. 40 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, so pena de mantener indefinidamente abierta la vía de recurso.

Respecto al ámbito objetivo, el art. 38 distingue tres supuestos: invalidez de los actos de preparación y adjudicación por causas de nulidad o anulabilidad administrativa, o por

¹ Determinados contratos de obras (>=5.548.000 €), y de servicios (>=221.000 €) vinculados a ellas, subvencionados por poderes adjudicadores en más de un 50% de su importe.

causas de derecho civil, o por la ilegalidad del propio clausulado del contrato.

2.1 Causas de invalidez de derecho administrativo.

2.1.1 Causas de nulidad de derecho administrativo -art. 39 LCSP-

La novedad fundamental en este punto sobre la regulación del texto refundido consiste en la supresión de la distinción que estipulaba éste entre las causas de nulidad para todos los contratos -art. 32 TRLCSP- y los denominados “*supuestos especiales de nulidad contractual*” -art. 37 TRLCSP-, que, referidos a los contratos sujetos a regulación armonizada y algunos contratos de servicios, se articulaban procedimentalmente en la llamada “cuestión de nulidad” a sustanciarse ante el Tribunal administrativo especializado que conoce del recurso especial. La nueva ley incorpora, con alguna modificación, estos supuestos al listado de causas de nulidad de derecho administrativo.

La relación de causas contenidas en el art. 39 parte de la obligada remisión a las causas generales de nulidad de pleno derecho recogidas en el art. 47.1 LPAC. Respecto a las específicas causas contractuales se reiteran sobre el TRLCSP las de incapacidad o falta de solvencia, o estar incurso en prohibición, del contratante -39.2 a)-, y la carencia o insuficiencia de crédito presupuestario, salvo emergencia -39.2 b)-. Se añaden nuevas causas: la falta de habilitación profesional o de clasificación cuando sea exigible -39.2 a)-, y la declaración por el TJUE de un incumplimiento grave de normas de la Unión que ha conllevado una adjudicación indebida -39.2 g)-.

La incorporación de los anteriores supuestos especiales, a la que acabamos de referirnos, con la muy importante consecuencia de que son de aplicación como causa de nulidad de pleno derecho a todos los contratos², y no como hasta ahora circunscrita a los susceptibles de recurso especial:

- Falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, o similares de las CCAA, en el DOUE o en el medio de publicidad que fuese preceptivo -39.2.c-. Desaparece la excepción que regulaba el art. 37.2 TRLCSP.

- Inobservancia del plazo de formalización si ello ha supuesto que por esa causa el licitador no ha podido interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación, y además concurra una infracción de las normas procedimentales que le hubiera impedido obtener esta -art 39.2.d)-.

- Haber formalizado el contrato sin respetar la suspensión automática por interposición del recurso especial contra el acto de adjudicación o las medidas provisionales acordadas por el órgano competente -art. 39.2 e)-.

² Cabrá recurso especial en los supuestos específicamente previstos en la ley, o bien recurso ordinario (alzada, reposición o alzada impropio, según proceda) para el resto de los actos recurribles

- Incumplimiento de las normas para la adjudicación de los contratos basados en acuerdos marcos y sistemas dinámicos de adquisición con varios empresarios, de modo que la vulneración conllevara la adjudicación del contrato a otro licitador -art. 39.2 f)-.

2.1.2 Causas de anulabilidad de derecho administrativo -art. 40 LCSP-

Sin novedad sobre la regulación anterior, se consideran causas de anulabilidad las *“demás infracciones del ordenamiento jurídico y en especial las de las reglas contenidas en la presente ley”* con oportuna remisión al art. 48 LPAC -Ap. 1. *Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder-* en concordancia con la efectuada al art. 47 de la misma norma en la nulidad de pleno derecho.

No debe olvidarse, en cualquier caso, que algunas infracciones no dan lugar a anulabilidad, en tanto irregularidades no invalidantes, y que el propio art. 48.2 LPAC -apartados 2 y 3- establece que los defectos de forma solo darán lugar a la anulabilidad *“cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”* y que *“la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.”*

Tal vez por ello, para evitar dudas y resaltar la gravedad de algunas infracciones, la novedad del artículo consiste en que se enumeran, *en particular*, tres causas de anulabilidad específicas de la materia contractual:

- El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205 -art. 40.a)-. Lo que, de conformidad con lo previsto en el art. 38 y 219.1 LCSP, nos confirma en que la regulación sobre la modificación de contratos en el caso de PANAP está afectada por el régimen público de invalidez, con independencia de que no se trata de actos de preparación y adjudicación.

- Cualesquiera actividad formal de los poderes adjudicadores -disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos- que otorgue, directa o indirectamente, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración -art. 40 b)-. En este supuesto se ha rebajado la intensidad del reproche al vicio, que en el art. 32 d) del TRLCSP era causa de nulidad de pleno derecho.

- Que los encargos a medios propios realizados por los poderes adjudicadores no cumplan con los requisitos del artículo 32 relativos a esa condición -art. 40 c)-.

2.2. Causas de invalidez de derecho civil -art. 43-

A la hora de referirse a las causas de invalidez de los contratos del sector público basadas en la regulación civil, el art. 43 no distingue entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad,

ni entre preparación o adjudicación o clausulado del contrato; limitándose a indicar, como ya hacía el TRLCSP, que *“se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer **cuando el contrato se haya celebrado por una Administración Pública**, se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables.”*

Ante ello, puede acudir a la regulación del Código Civil y distinguir entre nulidad de pleno derecho (falta de concurrencia de elementos esenciales, ex. art. 1261 Cc., nulidad del consentimiento, art. 1265 Cc; actos contrarios a las normas imperativas, art. 6.4 Cc.), y anulabilidad (art. 1300 y ss.), con la diferencia de no sujeción a plazo de interposición de la acción en la nulidad ,y cuatro años en la anulabilidad.

Siempre con la precisión de que la distinción de las causas de invalidez, según correspondan al derecho administrativo o civil, no tiene consecuencias en relación con el procedimiento y la jurisdicción competente para conocerlas, que desde la entrada en vigor de la ley será en cualquier caso la vía administrativa -revisión o recurso administrativo- y la jurisdicción contenciosa para los contratos de todo el sector público.

Por ello, y teniendo en cuenta que resulta difícil concebir que las causas civiles, en su aplicación a los entes del sector público, no puedan en cada caso subsumirse en alguna causa de derecho administrativo, nos parece muy oportuna la tesis de la profesora Silvia Diez Sastre³, quien, tras indicar a este respecto que en la mayoría de los casos la regulación administrativa desplazará a la civil, concluye que *“Que, no obstante, cabe pensar que pueden aplicarse a los casos relativos a la formación de la voluntad del particular que contrata con la Administración.”* Esto es, las causas de invalidez de derecho civil se aplicarán solo a aquellos actos o fase, extramuros del ente del sector público, propios del licitador.

2.3. Revisión de oficio -art. 41-

De las tres posibilidades -revisión de oficio, recursos administrativos, recurso judicial- para el control de la invalidez de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos, el art. 41 LCSP se detiene en la primera, en la reacción de la propia Administración⁴ contra el acto firme supuestamente inválido.

Una reacción que distingue procedimentalmente según se trate de vicios de nulidad de pleno derecho -acción de nulidad sin plazo, declarada por la misma Administración-, o de anulabilidad -acción de lesividad ante la jurisdicción contenciosa en plazo de cuatro años-. Y ello en los términos explicitados en los artículos 106 y ss. de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento administrativo común.

³ Diez Sastre, Silvia. *“El sistema de revisión de decisiones en materia contractual.”* Curso “La Nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid. 2017

⁴ Si bien el inicio del procedimiento de revisión de los actos por vicios de nulidad de pleno derecho puede acordarse a instancia del particular, siendo las causas de inadmisibilidad tasadas y debiendo interpretarse restrictivamente, por lo que se configura como una auténtica acción de nulidad.

Las especialidades que introduce la normativa contractual sobre el procedimiento común, consisten en la ampliación de su ámbito subjetivo -art. 41.2 LCSP-, en la determinación del órgano competente para declarar nulidad o lesividad -art. 41.3-, y la regulación del supuesto de delegación tácita de la competencia de revisión de oficio con la delegación de la competencia para contratar -art. 41.4-.

a) La esencial novedad que supone la consideración como actos administrativos *“a los efectos de esta ley”* de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos dictados por las entidades del sector público que no son AAPP, sin limitación a los sujetos a regulación armonizada, ya ha sido comentada al hilo de la ampliación del régimen de invalidez y de recursos en la extensión del control administrativo sobre los entes dependientes de las Administraciones.

Pues bien, es precisamente en este apartado dos del artículo 41 donde se dice expresamente que dichos actos son susceptibles de revisión de oficio, a lo que hay que unir los actos de preparación y adjudicación de los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, art. 23 LCSP. Aunque la ausencia de concreción procedimental en estos casos, más allá de la remisión al procedimiento administrativo común -que no se ha regulado pensando en estas entidades- podrá plantear desajustes en la práctica.

b) El órgano competente será, de acuerdo al art. 41.3, el órgano de contratación en el caso de Administraciones Públicas, y cuando la entidad no tenga ese carácter *“el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela”*; con la precisión de que en el caso de adscripción a más de una administración será competente la que ostente el control o participación mayoritaria. En similares términos se regula la revisión para los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.

A este respecto, sobre el órgano competente en las entidades locales, la LPAC atribuye al Pleno la declaración de lesividad -art. 107- y guarda silencio en el caso de nulidad, si bien la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración de Aragón lo completa en su art. 136.3: *“La revisión de oficio, así como la declaración de lesividad cuando proceda de acuerdo con la legislación reguladora del procedimiento común, se acordará por el Pleno de la Corporación o el órgano colegiado superior de la entidad.”*

Así las cosas, entendemos que la contradicción en el caso de que el órgano de contratación sea el Alcalde debe resolverse a favor de la legislación contractual, al amparo del principio de especialidad, e incluso la conexión o coherencia de esta postura con lo previsto en la legislación básica local sobre la competencia para el ejercicio de acciones administrativas y judiciales. Más dificultoso podrá ser la atribución al Alcalde o al Pleno de la revisión de oficio en el caso de entes dependientes no administración pública, aunque tal vez el silencio de la norma contractual en este punto pueda abocar a que se imponga la literalidad del art. 136.3 LALA.

c) El art. 41.4 establece, como hacía el 34.3 TRLCSP; que “*Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar.*”, con excepción de que se considere pertinente reconocer una indemnización, en cuyo caso resolverá sobre nulidad e indemnización el delegante.

La especialidad sobre el régimen general, que exige el acuerdo expreso y hasta la publicación del acto de delegación y revocación -art. 9 LRJSP-, es la configuración de una delegación tácita u *ope legis*, y su contrapartida de avocación o revocación tácita en el caso de posibles implicaciones o consecuencias presupuestarias; lo que, dado que el órgano delegado obra en nombre del delegante⁵, parece inspirado en un principio de prudencia financiera.

2.4 Efectos de la declaración de invalidez -art. 42-

El artículo 42 LCSP repite la integridad del art. 35 del TRLCSP, y añade un apartado cuarto referido a la fijación de efectos en la sentencia que recaiga en un recurso contencioso por lesividad.

La declaración de nulidad de los actos de preparación o adjudicación -provenza de vicios de nulidad o anulabilidad- se determinara en un procedimiento, bien de revisión de oficio, bien de recurso administrativo, bien de recurso contencioso-administrativo, pero los efectos, a partir de su firmeza, serán los establecidos en el art. 42.1 LCSP: entrada del contrato en fase de liquidación, “*debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo*” y la parte que resulte culpable deberá indemnizar los daños y perjuicios producidos. Si la restitución no fuese posible se devolverá su valor.

El apartado tercero contiene una regla en materia de contratación que supone una excepción al efecto que se predica de la nulidad (la desaparición del acto, ya de origen o desde la declaración) en aras a la necesaria prevalencia del interés público al que sirve la contratación del sector público, por lo que podrá disponerse en el mismo acuerdo de nulidad la continuación temporal de la ejecución hasta que se adopten “*medidas urgentes para evitar el perjuicio.*”

Respecto al novedoso apartado cuarto -“*Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*”- se establece expresamente que la sentencia en un recurso de lesividad, amén de declarar la nulidad, podrá establecer los efectos de la misma en los términos del art. 42.

⁵ Art. 9.4 LRJSP: “Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.”

Otros efectos posibles de la declaración de nulidad, implícitos en el art. 42.1 cuando dispone que la parte culpable deberá indemnizar a la contraria, son los regulados en la Disposición adicional 28 LCSP *-responsabilidades de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas-*.

De acuerdo a esta DA 28, apartado primero, y en los términos regulados por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), los daños sufridos por la Administración o de los que ésta deba responder ante terceros, derivados de una declaración de nulidad contractual provocada por dolo, culpa o negligencia grave de sus funcionarios o Autoridades, deberán exigirse a estos mediante el procedimiento establecido en el art. 36 LRJSP. A su vez, del apartado 2º de la DA 28 LCSP resulta que la nulidad derivada de la "infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos e la presente ley" por parte de los empleados públicos *"dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia"*.

3.- La vía de recurso administrativo. El recurso especial en materia de contratación.

Como ya venimos adelantado, en materia de recursos la novedad procedimental que aporta la nueva ley es doble:

- a) Ampliación del sistema de recurso administrativo ordinario a los actos de preparación y adjudicación en los contratos de las entidades del sector público no administración pública.
- b) Ampliación del ámbito del denominado recurso especial en materia de contratación .

3.1 Los recursos ordinarios.

El sistema general de recurso respecto a los actos en los contratos administrativos, así como respecto a las fases de preparación y adjudicación *-actos separables-* de los contratos privados de las AAPP no ha sufrido variación alguna con la nueva ley. Así, y como confirma el art. 44.6, primer párrafo, de la LCSP, habrá que estar a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento administrativo común (LPAC), esto es, recursos ordinarios de alzada o reposición, según proceda, frente a los actos definitivos o aquellos de trámite si *"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."* -art 121.1 LPAC-. A lo que cabe añadir el recurso extraordinario de revisión contra actos firmes -art. 125 y 126 LPAC-.

En las entidades locales el sistema se traduce en la absoluta preponderancia del recurso de reposición, con alguna especialidad en materia contractual como es el caso de los actos de la Mesa de contratación, que al no poner fin a la vía administrativa deberán ser atacados, en su caso, mediante el preceptivo recurso de alzada ante el órgano de contratación.

Como indicamos esto no ha cambiado, pero la nueva norma añade que frente los actos de preparación y adjudicación de los contratos de las entidades del sector público no administración pública -poderes adjudicadores o no- cabrá ahora recurso administrativo ordinario. Así lo establece para los PANAP, a excepción de que quepa recurso especial, el art. 44.6 2º párrafo LCSP:

“ En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.”

Y para el resto de entidades del sector público no poderes adjudicadores, lo preceptúa el art. 321.5 LCSP:

“ Las actuaciones de preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.”

Sin embargo, esta esencial novedad no ha ido acompañada hasta el momento de una mayor precisión en la forma de implantación práctica, lo que no favorece la seguridad jurídica. Centrándonos en las entidades locales, resulta, a nuestro juicio, ique las entidades dependientes de las mismas, no administración pública, deberán notificar a los interesados con pie de recurso sus actuaciones -resoluciones y actos de trámite cualificados- en materia de preparación y adjudicación de contratos.

Lo cierto es que la falta de precisión en la norma contractual provoca cierta inseguridad jurídica sobre el tipo de recurso y el órgano competente para resolverlo, pero aun así, de los dos recursos ordinarios regulados en la ley de procedimiento administrativo común, el más propio o que mejor cuadra con la situación parece ser el recurso de alzada, dada la jerarquía de una entidad sobre otra, y siendo entre dos entidades con personalidades jurídicas distintas puede denominarse recurso de alzada impropio, siendo de aplicación las prescripciones de la Ley 39/2015 -arts. 121 y 122-.

No debe perderse de vista que la resolución del recurso de alzada pone fin a la vía administrativa -art. 114.1 LPAC- de lo que deriva que su interposición previa es un paso

obligado o preceptivo para, en su caso, poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en disconformidad con un determinado acto.

Respecto al órgano de la entidad llamado a resolverlo en las entidades locales, aunque referido a la autonomía funcional, parece un criterio adecuado el previsto en el art. 121.1 LPAC cuando establece que el superior jerárquico será el órgano "(...) *al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.*". Si bien otra opción podría ser la cláusula de competencia residual a favor del Alcalde prevista en el art. 21.1 s) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

3.2 El recurso especial.

Como es sabido, el recurso especial en materia de contratación -regulado en el capítulo V (arts. 44 a 60), Título I del Libro I de la nueva ley- es, dentro de la vía administrativa contractual, distinto a los recursos ordinarios en el sentido de que solo puede interponerse contra determinados actos de especial relevancia (fundamentalmente en la preparación y adjudicación) de determinados contratos (de especial relevancia económica) realizados por los poderes adjudicadores, y cuenta con unas especiales características. Entre las más significativas que excluye a los ordinarios⁶, suspende automáticamente la ejecución del acto si se recurre la adjudicación, y se sustancia ante un Tribunal administrativo independiente funcionalmente de las administraciones.

Las principales novedades que arroja la LCSP 2017 sobre la regulación en el TRLCSP de este ya consolidado recurso especial, son la ampliación de los supuestos de impugnación, la introducción de nuevas reglas de tramitación, la posibilidad de los municipios de gran población y las Diputaciones Provinciales de crear un órgano especializado y funcionalmente independiente para resolver los recursos, y la supresión de la cuestión de nulidad, en tanto procedimiento específico, tal y como hemos tenido ocasión de ver al tratar las causas de invalidez de los contratos.

Se mantiene su carácter potestativo y gratuito para los recurrentes -art. 44.7 LCSP-. Así como la imposibilidad de su uso en los procedimientos por el trámite de emergencia -art.44.6-.

3.1 La ampliación de los supuestos de impugnación y de la legitimación.

3.1.1 Los supuestos.

Se amplía -art. 44 LCSP- el ámbito objetivo del recurso y, respecto a la normativa anterior se minorará el valor estimado de los contratos a partir del cual puede interponerse, desligándose de su originaria sujeción a los contratos SARA.

⁶ Lo vuelve a expresar rotundamente el art. 44.5 LCSP: *Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.*

En relación con esta última circunstancia, en las entidades locales de Aragón debemos tener en cuenta que la minoración efectuada por la LCSP (cabe para obras > 3.000.000 €, servicios y suministros > 100.000 €) queda por encima de lo preceptuado para los contratos de obras, servicios y suministros en el art. 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón⁷: Valor superior a 200.000 € en el de obras, y 60.000 € en servicios y suministros.

Introducida esta precisión, el ámbito del recurso especial en las entidades locales aragonesas será el que sigue:

CONTRATO	VALOR ESTIMADO (> €)
Obras	200.000
Suministros	60.000
Servicios	60.000
Acuerdos marcos y SDA obras	3.000.000
Acuerdos marcos y SDA Suministros/servicios	100.000
Concesiones de obras o servicios	3.000.000
Contratos administrativos especiales	Imposibilidad de fijar precio licitación o valor > 100.000
Contratos subvencionados regulación armonizada	5.548.000 obras, 221.000 servicio o suministro
Encargos a medios propios	Imposibilidad de fijar precio licitación o valor > 100.000

El art. 44.2 LCSP determina, también con novedades, los actos concretos susceptibles de recurso, lo que enlaza con la fijación del plazo para su interposición que realiza el art. 50 de la misma norma. El art. 50 LCSP establece un plazo general de quince días hábiles y a continuación precisa la forma de cómputo, manteniéndose el plazo distinto (30 días) para los supuestos incluidos en la antigua cuestión de nulidad, ahora incorporada al recurso especial. Queda así:

ACTOS RECURRIBLES -art. 44.2-	PLAZO -art. 50-
Anuncios, pliegos y documentos condiciones	15 días hábiles desde publicación perfil o remisión invitación
Actos de trámite cualificados ⁸ procedimiento adjudicación	15 días hábiles desde que se tiene conocimiento
Acuerdos de adjudicación	15 días hábiles desde su notificación conforme DA 15

⁷ Vigente desde 6 de julio de 2017 al modificarse la ley por la DF 2º.7 de la Ley 5/2017, de 1 junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón.

⁸ En relación con la impugnación de los actos de trámite cualificados el art. 44.2 b) cita expresamente los actos de admisión o inadmisión de licitadores u ofertas, incluidas las anormalmente bajas. Novedad que trae causa directa de la STJUE 5 abril 2017, asunto C 391-15.

Modificaciones en incumplimiento 204 y 205	15 días hábiles desde su publicación en el perfil
Formalización de encargo a medio propio	15 días hábiles desde su publicación en el perfil
Acuerdos de rescate de concesiones	15 días hábiles desde su notificación conforme DA 15
Supuestos excepcionales (39.2 c.d.e.f)	
Falta de publicación anuncio licitación en perfil	30 días desde publicación de la formalización o notificación a los licitadores afectados. De no producirse una u otra, 6 meses desde la formalización.
Inobservancia plazo de formalización por el contratante que provoque indefensión formal y material	30 días desde publicación de la formalización o notificación a los licitadores afectados. De no producirse una u otra, 6 meses desde la formalización.
Formalización sin respetar suspensión automática o por medida cautelar	30 días desde publicación de la formalización o notificación a los licitadores afectados. De no producirse una u otra, 6 meses desde la formalización.
Incumplimiento normas Acuerdo Marco o SDA que conlleva adjudicación a otro licitador.	30 días desde publicación de la formalización o notificación a los licitadores afectados. De no producirse una u otra, 6 meses desde la formalización.

Como ya indicaba el TRLCSP, reitera el art. 44.3 LCSP que frente el resto de actos del procedimiento que contengan irregularidades cabrá, por un lado y curiosamente, ponerlo de manifiesto al órgano de contratación para que lo corrija, y, por otro, podrán alegarse *“por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”*

Lo cierto es que, más allá de la tipificación formal de los actos que realizaba la legislación en el art. 40 TRLCSP, el TAPCA maneja un concepto amplio de decisión a la hora de admitir su competencia sobre decisiones de adjudicación no expresamente citadas, y ese criterio amplio es la base de las novedades ahora incluidas en el art. 44.2 LCSP:

- modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP por entender que debió ser objeto de nueva adjudicación -44.2 d-.
- impugnación del acto de formalización de los encargos a medios propios -44.2.e-.
- acuerdos de rescate de concesiones -44.2.f-.

Ello no quita para que la doctrina siga llamando la atención sobre actuaciones no citadas que deberían, en la lógica del recurso especial, incluirse en su objeto, como por ejemplo, la renuncia a contratar, o el desistimiento, o los convenios administrativos, que, como en el caso del encargo a medios propios, también pueden suponer una forma de eludir la

normativa contractual.

3.1.2 Legitimación.

El art. 48 LCSP recoge dos novedades fundamentales sobre el 42 TRLCSP.

Una, la ampliación del ámbito de la legitimación, que ya no se ciñe, como en el art. 42 TRLCSP, al perjuicio de “derechos e intereses legítimos” sino que se precisa que pueden ser *“individuales o colectivos”* y se abre a la afectación indirecta -*“puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso.”*- en lo que se interpreta como un avance hacia una acción pública o popular vinculada al derecho a la buena administración.

Otra, la expresa legitimación de las organizaciones sindicales para recurrir *“cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores”*, con la contrapartida de que también lo estará *“la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”*

Cabe comentar, en lo que se refiere a los concejales, que es doctrina asentada⁹ la atribución de legitimación a los miembros electivos para interponer el recurso especial en los supuestos en que ha votado en contra y, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional -Ss. 173/2004 y 108/2006-, también en los supuestos en que por tratarse de decisiones de órganos unipersonales u órganos en los que no participa, no ha podido expresar su posición (Lo ratifica para el recurso especial en materia de contratación la STSJ de Aragón de 25 de septiembre de 2015, RJCA 2015 835).

El art. 50.1.b) párrafo 4º, LCSP, niega legitimación para impugnar los Pliegos y documentos contractuales a aquellos licitadores que hayan presentado oferta, pues, como se indica de modo constante por la jurisprudencia (entre muchas, STS de 11 de mayo de 2017 (RJ 2017 2452) FD. 5º.), al haberlos aceptado expresamente son firmes y consentidos como ley del contrato, y no pueden atacarlos con posterioridad; si bien el final del párrafo parece indicar que sí la tendrán si el recurso se basa en causa de nulidad de pleno derecho.

Sobre la cuestión de si los licitadores excluidos, una vez firme la exclusión, podrán recurrir la adjudicación, la respuesta es negativa en tanto, aun en el caso de estimación de este, no le sería adjudicado el contrato, pues no cabe legitimación sin interés, como recuerda la STJUE de 9 de junio de 2011 (C-401/09P), FD 30: *“El Tribunal también recordó que un motivo de anulación es inadmisibile, debido a falta de interés del demandante en ejercitar la acción cuando, aun suponiendo que dicho motivo sea fundado, la anulación del acto impugnado sobre la base de ese motivo no pueda dar satisfacción al demandante.”*

9 Acuerdos 44/2012, 66/2013, y 79/2013 del TAPCA. Entre otros, TACRC 548/2015 o 204/2017.

3.2 Novedades en la tramitación.

3.2.1 La interposición. - arts. 49 a 53-.

a) Plazo.

Desaparece en la nueva Ley la obligación de anuncio o comunicación previa del propósito de interponer recurso, que el art. 44.1 TRLCSP imponía al recurrente, y que debía presentarse ante el órgano de contratación en plazo simultáneo al del propio recurso. El art. 21 de la ley aragonesa hace referencia a este anuncio pero habrá que entender esa mención desplazada por la decisión tomada por la normativa básica (en apoyo de esta tesis, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional 204/2016, de 1 de diciembre de 2016).

Habiéndose señalado ya los plazos -en general 15 días hábiles- en el cuadro interrelacionado con los distintos actos recurribles, apuntar que en los casos en que el cómputo comience a partir del día siguiente a la notificación (adjudicación, rescate de concesiones...), esta deberá realizarse de conformidad con lo dispuesto en la DA 15 LCSP mediante dirección electrónica habilitada o comparecencia electrónica, y el plazo se computará desde la fecha de envío de la misma o aviso de notificación, si se ha publicado al mismo tiempo en el Perfil; o, en caso contrario, desde la recepción por el interesado.

El cómputo del plazo para la interposición no se suspende por el ejercicio de la novedosa posibilidad que regula el art. 52 LCSP -el acceso al expediente previa a la interposición-; si bien el recurrente podrá alegar ante el Tribunal administrativo el incumplimiento por el órgano de contratación de su obligación de facilitar el acceso, con la consecuencia legal de que se le deberá conceder por aquel un plazo (diez días) para examinarlo y completar su recurso.

b) Forma y lugar. Cautelares.

Además de las precisiones derivadas de la obligatoriedad del procedimiento electrónico (acompañar, art. 51.1 e., *“Una dirección de correo electrónico “habilitada” a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones.”*), la novedad consiste en la ampliación de los lugares para presentar el recurso, pasándose de la exclusividad de los registros del órgano de contratación o del órgano competente para resolver, a cualquiera de los previstos en el art. 16.4 de la LPAC; si bien deberá comunicarse al Tribunal esa presentación. El art. 56.2 LCSP regula una tramitación específica según se interponga ante el órgano resolutorio o ante el órgano de contratación, en cuyo caso éste deberá remitirlo al órgano de resolución en el plazo de dos días junto con el expediente administrativo y su informe. Respecto a la determinación de la ley aragonesa sobre exclusividad de presentación ante el registro del Tribunal -art. 21- habrá que entenderla, asimismo, desplazada.

Respecto al contenido formal es -art. 51.1 LCSP- el de cualquier recurso: acto recurrido, motivo, medios de prueba, medidas cautelares que se insten; regulándose estas últimas en un artículo específico -art. 49 LCSP- muy similar al art. 42 TRLCSP, con distinción de si solicitan antes o después de la interposición del recurso, que, en líneas generales, responde al previsto en el art. 56 LPAC para las ahí denominadas medidas “provisionales”: plazos breves, cinco días hábiles para la resolución sobre la adopción, negación de recurso frente a la decisión, prestación de caución o garantía suficiente, decaimiento si no se interpone al fin recurso especial...La novedad reseñable es que la prohibición terminante, que recogía el art. 42 TRLCSP, para acordar la suspensión cautelar del plazo concedido para la presentación de ofertas, se modera ahora en el art. 49.4 LCSP que contiene esa misma prohibición con el añadido inicial de *“Salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente...”*.

El art. 49 referido a las medidas cautelares debe completarse con el art. 56.3 de la misma norma, que referido a la tramitación del recurso indica (párrafos cuarto, segundo y tercero) que el órgano resolutorio del recurso podrá acordarlas de oficio en cualquier fase del procedimiento, que resolverá sobre las solicitadas en un plazo no superior, creemos, a diez días hábiles desde la interposición, y en el mismo plazo sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática determinada por el recurso frente al acto de adjudicación.

c) Efectos de la interposición.

El artículo 53 LCSP precisa la regulación de los efectos de la interposición del recurso, manteniendo la regla de suspensión automática del procedimiento de contratación si el acto recurrido es la adjudicación -combinado con la prohibición de formalizar el contrato mientras quepa la posibilidad de interponer recurso especial, art. 153.3 LCSP, y la sanción de nulidad de pleno derecho para la inobservancia de la misma si se dan los requisitos del art. 39,1d)-, pero excepcionando el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o celebrados bajo el desarrollo de un sistema dinámico de adquisición. Lo que no quita para que, en esos y el resto de supuestos, se solicite y acuerde la suspensión como medida cautelar -art. 49.1-.

3.2.2. Admisión e instrucción -arts. 54, 55 y 56-

Hecha mención de que el art. 54 LCSP -comunicaciones y notificaciones- viene a extender la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones más allá de lo previsto en el art. 14 LPAC, porque, por ejemplo, no excluye de esa obligatoriedad a las personas físicas (como por otro lado impone la LCSP en su DA 15.^a), resulta novedosa la inclusión -art. 55- de un trámite de admisión.

Se incorpora a este artículo de la ley básica, la regulación ya contenida en el art. 21.2 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de

Aragón¹⁰, con las cautelas propias a la hora de tomar una decisión que implica privar de un derecho al trámite amparado en las Directivas. Así se podrá declarar la inadmisión cuando *de modo inequívoco y manifiesto* se den supuestos -art. 55- de falta de requisitos: incompetencia del órgano, falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación, haberse interpuesto contra actos no susceptibles de impugnación, extemporaneidad. Y ello sin perjuicio del trámite de subsanación del escrito de interposición regulado en el art. 51.2 LCSP. La Ley aragonesa, con buen criterio, regula un previo trámite de audiencia a los interesados sobre la cuestión de inadmisibilidad por plazo de cinco días hábiles.

La tramitación del recurso se regula en el art. 56 LCSP, que recoge especialidades sobre el procedimiento común, sin apenas variaciones sobre el art. 46 del TRLCSP, y regido, como no puede ser de otra manera, por el impulso de oficio del Tribunal administrativo y una cierta celeridad o premura que se advierte en la brevedad de los plazos, y en la precisión de que las alegaciones deberán tener entrada en plazo en el registro del órgano resolutorio.

Se regula -art. 56.4- el trámite de prueba por plazo de diez días hábiles, por cualquier medio, su petición o práctica de oficio, y la necesidad de resolución motivada para la denegación; regulándose en el apartado quinto del artículo una atribución expresa al órgano competente para resolver y/o ponderar equilibradamente entre la garantía de confidencialidad y protección de secretos comerciales con el derecho a la protección jurídica efectiva y los derechos de defensa.

3.2.3 La Resolución del procedimiento -arts. 57 a 60 LCSP-

La instrucción culmina en la resolución del recurso, una vez recibidas las alegaciones y practicada la prueba, dentro de los cinco días hábiles siguientes y notificación a los interesados -art. 57.1-.

a) Plazo para resolver y sentido del silencio.

El plazo para resolver y notificar se fija por el art. 57.5 LCSP en dos meses, atribuyendo al transcurso del mismo sin resolución la presunción de desestimación -silencio negativo-, por lo que el recurrente podrá acudir ya a la jurisdicción, sin perjuicio de que, por efecto de lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo común, persista la obligación de resolver del Tribunal administrativo, sin vinculación al sentido del acto presunto.

Este novedoso precepto viene a poner fin a una laguna de la ley anterior, denunciada por el Consejo de Estado en su informe al anteproyecto, que originaba confusión, por lo que en la actualidad el incumplimiento de los plazos procedimentales por el órgano competente para resolver solo facultará para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa transcurridos los dos meses citados.

¹⁰ Entre muchos, Acuerdo del TAPCA 12/2011, de 12 de julio 2011,

b) La Resolución y sus efectos.

El art. 57.2 LCSP reitera lo dispuesto por el art. 47.2 TRLCSP en relación con el contenido necesario de la resolución: decisión motivada sobre cuantas cuestiones se hubiesen planteado, y en todo caso atención al principio de congruencia y pronunciamiento sobre las decisiones ilegales, supresión de cualesquiera característica discriminatoria durante el procedimiento y, si procede, retroacción de actuaciones.

Como novedad, se incluye expresamente en ese apartado la necesaria anulación de los actos del expediente relacionados con las cláusulas de los pliegos anuladas. Se suprime la estipulación que, de acuerdo con el carácter revisor del recurso especial, contenía el citado 47.2 TRLCSP: *“Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151”*. Se trata de la documentación acreditativa de estar al corriente con las obligaciones tributarias, seguridad social, medios y garantía definitiva, que debe presentarse previamente a la adjudicación, pero esa supresión se ve salvada por la aparición de idéntica precisión en el actual art. 150.4 LCSP

Entre los posibles extremos de la Resolución el art. 58.1 LCSP reitera la regla indemnizatoria a favor del recurrente, y a su instancia, por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, con remisión *-en lo posible-* a los criterios sobre responsabilidad recogidos en la Ley 40/2015. Como contrapartida el art. 58.2 LCSP recoge la posibilidad de imposición de multas al recurrente por temeridad o mala fe, incrementándose la cuantía sobre el TRLCSP (hasta 30.000 €) en función, además de la mala fe y perjuicio al órgano de contratación, de los beneficios obtenidos. La referencia a su ingreso en el Tesoro Público, sin mayor concreción, parece dar cobertura al ingreso en la Hacienda (estatal, autonómica, local) correspondiente a la Administración de la que dependa el Tribunal -en Aragón, en este momento, administración autonómica- sin perjuicio de su posterior remisión a la administración perjudicada.

Contra la resolución del órgano de recursos solo cabe recurso contencioso-administrativo¹¹ -art. 59.1 LCSP- lo que resulta plenamente coherente con la interrelación recurso administrativo/recurso judicial de nuestro sistema de control de los actos administrativos, como lo es lo dispuesto en el art. 44.5 LCSP: *“Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.”* A este respecto debe recordarse que, de acuerdo al art. 21.3 LJCA, en los recursos contenciosos contra las decisiones de los tribunales administrativos de contratos estos órganos no son parte demandada *“siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto(...)”*

¹¹ Que se sustanciará ante la Audiencia Nacional, en el caso del Tribunal Central de Recursos contractuales (art. 11.1.f LJCA), y en las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso de los tribunales autonómicos (art. 10.1.k LJCA)

Por otra parte el art. 59.3 LCSP, como ya hacía el 49.1 TRLCSP, establece que *“No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución de recurso.”* Este último precepto se separa, a nuestro juicio, de la tradición secular en materia de revisión de actos administrativos -naturaleza administrativa de la resolución de los tribunales administrativos de contratos que no nos parece discutible- y, lo que es más importante, puede haber establecido una laguna jurídica por donde puede quebrarse el derecho a la tutela judicial efectiva: ¿Qué ocurre si no se recurre judicialmente una resolución de un Tribunal administrativo y, transcurrido el plazo de interposición, se demuestra que en su adopción han existido vicios de nulidad de pleno derecho? ¿No cabe reacción? Sin embargo, el art. 59.3 in fine LCSP si permite al órgano competente la rectificación en cualquier momento de los errores materiales, de hecho o aritméticos.

Un efecto propio de los actos administrativos achacable a la resolución que pone fin al recurso especial es que *“...será directamente ejecutiva -art. 59.2 LCSP-.* Incluso cabe hablar de una ejecutividad reforzada, pues, como ha confirmado el reciente Auto del TSJ de Aragón de fecha 22 de diciembre de 2017 con extensa cita de la STS de 5 de noviembre de 2014 (RJ 2014 6451) la anulación de una adjudicación de un contrato por el Tribunal administrativo no debe suspenderse como medida cautelar por el Tribunal contencioso, porque resultaría distorsionador y contrario al efecto útil perseguido por la Directiva europea al instaurar el recurso especial.

Por último, un posible efecto no previsto en el art. 59 LCSP, pero que entendemos aplicable a las resoluciones del recurso especial, será el previsto en el art. 42.3 LCSP en el supuesto de que la declaración de nulidad por un órgano administrativo o judicial produjese un grave trastorno al interés público. En ese caso, en el mismo acuerdo de anulación podrá adoptarse *“la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.”* Si cabe esa posibilidad al órgano de contratación que resuelve un procedimiento de revisión o al Tribunal contencioso que declara la nulidad en un procedimiento de lesividad, pensamos que también debe caber en la decisión de un recurso especial.

3.3 Novedades en los órganos de recursos.

El modelo diseñado por la nueva ley es continuista con el del TRLCSP y conlleva o puede conllevar que haya múltiples órganos de recursos contractuales. Para la Administración del Estado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) -art. 45 LCSP-, pudiéndose crear Tribunales administrativos territoriales en cada Comunidad Autónoma -DA 29 LCSP-. Las Comunidades Autónomas pueden crear y regular su propio órgano -garantizando la independencia e inamovilidad de sus miembros- o conveniar con el TACRC -art. 46.2 LCSP-. En el ámbito de las corporaciones locales -art. 46.4- la competencia para resolver los recursos se establecerá por las Comunidades Autónomas, y si éstas no lo prevén la competencia se atribuirá al mismo órgano que conozca para ellas.

En Aragón, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, regula en su capítulo V el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA); disponiendo su art. 2.2. que *“Las disposiciones contenidas en esta Ley referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón serán aplicables igualmente a las entidades locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador, así como...”*

En este marco, la novedad relevante de la Ley de Contratos del Sector Público 2017 consiste -art. 46.4- en que mediante norma básica, y con independencia de lo regulado por la Comunidad Autónoma, se dota a los municipios de gran población y a las Diputaciones Provinciales, de la posibilidad de crear un órgano propio, especializado y funcionalmente independiente, para resolver los recursos especiales, al tiempo que se faculta al resto de ayuntamientos de la provincia a, si así lo desean, atribuir la competencia para resolver los recursos que se interpongan contra sus actos a ese tribunal administrativo provincial. El art. 46.4 precisa que ese órgano especializado se creará por acuerdo de Pleno, que también nombrará y removerá a sus miembros, derivando el resto de regulación a la normativa autonómica pero, en su defecto, se regirá de forma supletoria por lo dispuesto en el art. 45 LCSP para el órgano estatal.¹²

4.- Régimen derecho transitorio en revisión de oficio y recursos.

De acuerdo a la Disposición transitoria primera de la nueva ley, los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior, para precisar, en la materia que nos ocupa, que las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados en vigencia del TRLCSP seguirán su resolución con arreglo a esa norma.

Ello supone que los recursos interpuestos y los procedimientos incoados contra actos dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley se ajustarán a lo previsto en esta, siguiendo el criterio previsto en la DT 3ª de la Ley 39/2015. Para el recurso especial lo establece expresamente la DT 1ª, párrafo 2º, LCSP cuando indica que *“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.”*

Como anexo a la presente circular se añade un enlace al documento confeccionado por este servicio que incorpora los modelos de [notificación de contratos administrativos](#) con su correspondiente pie de recurso.

¹² Compuesto, como mínimo, de Presidente y dos vocales, requisitos de licenciatura y experiencia, carácter independiente e inamovible, duración por seis años improrrogable, aplicación del régimen de los órganos colegiados...