

El recurso especial en materia de contratación pública en España y en especial en la región de Andalucía: reflexión sobre su asimétrica y disfuncional planta. Relación con las garantías de los administrados y eficiencia de su funcionamiento

The special appeal in matters of public procurement in Spain and especially in the region of Andalusia: reflection on its asymmetrical and dysfunctional plant. Relationship with the guarantees of the public and efficiency of its operatione

Joaquín María Barrón Tous¹

¹ Letrado de la Junta de Andalucía, España.

Correspondencia: joaquinm.barron@juntadeandalucia.es

Introducción

La instauración del sistema de recursos especiales en materia de contratación pública previsto en la 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 al Derecho de la Unión Europea, supuso afrontar la cuestión de la atribución de la competencia para su conocimiento y resolución.

La solución adoptada por nuestro país fue la creación de un órgano administrativo especial dotado de independencia funcional “central”, habilitando a las Comunidades Autónomas para la creación de sus propios órganos, los cuales debían conocer de los recursos contractuales planteados en sus respectivos ámbitos territoriales, además de la posibilidad de su creación por determinadas entidades locales (diputaciones provinciales y ayuntamientos de gran población).

Una las principales características del recurso especial en materia de contratación pública regulado por la Ley de Contratos es que su tramitación y resolución se atribuye a órganos administrativos especializados, los denominados tribunales u órganos administrativos especiales encargados de la resolución de recursos contractuales

Órganos administrativos, y actualmente, según la jurisprudencia comunitaria, con reconocida naturaleza cuasi jurisdiccional, marcados por la nota de la especialización en

materia de contratación, y dotados de la garantía de la independencia, tanto frente al órgano de contratación como frente a los posibles licitadores interesados.

La importancia del papel de estos órganos especiales no es insignificante, más si partimos de la necesidades un determinado momento histórico, principios de este siglo, de establecer verdaderas garantías para los ciudadanos y para las entidades que pretenden acceder al mercado que se ponen en valor con la contratación pública. Estos órganos especiales, otorgan seguridad jurídica, confianza, respuestas rápidas y garantía de independencia en las decisiones.

Valga como dato significativo de esta importancia, que, en España, el nivel de gasto en contratación pública de 2022 alcanzó el 11,52%, del Producto Interior Bruto (PIB) y el 24,11% del total del gasto público, tal y como se refleja en las estadísticas del documento “Government at a Glance” recogidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el “OECD.Stat”¹.

En este sentido, cobran una gran importancia el sistema de garantías jurídicas, pues de otra forma, todo el marco normativo de la contratación pública correría el riesgo de convertirse en una mera declaración de principios o buenas intenciones, por ello previamente a abordar la cuestión en nuestra Comunidad Autónoma, intentaré en esta conferencia aproximar a la distinguida audiencia aquí presente al sistema de recursos administrativos previsto en la vigente Ley de contratos y, más concretamente, al denominado recurso especial en materia de contratación pública.

Es esencial tomar la referencia de los condicionantes normativos que derivan directamente del Derecho de la Unión Europea, pues a ellos responde fundamentalmente la existencia del recurso especial en materia de contratación. En este sentido, la Ley, partiendo de estas premisas comunitarias, concreta el sistema básico de revisión o recurso de los artículos 44 a 60.

El sistema de garantías previsto por la Ley supone el establecimiento, hasta el momento, de un procedimiento potestativo de revisión de determinados actos administrativos contractuales por razones de legalidad, que se tramita y resuelve por órganos de la propia Administración.

La especialidad reside en las singularidades importantes que ostenta, que lo diferencian claramente de los recursos administrativos ordinarios:

¹ El documento de la OCDE titulado “Government at a Glance” tiene carácter bianual y el último se ha publicado el 30 de junio de 2023 (https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2023_3d5c5d31-en). Además, la propia OCDE realiza la actualización anual de los principales indicadores estadísticos, que en el caso de la contratación pública pueden consultarse seleccionando “Public Procurement” dentro de “Government at a Glance - yearly updates”, que se encuentra en la dirección web: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=GOV#>, de donde se han obtenido los valores correspondientes al año 2022, que se analizan en este apartado.

- Órgano especializado, (gran diferencia con el recurso ordinario).
- Garantía de la independencia tanto, frente al órgano de contratación y frente a los posibles licitadores interesados.
- Especialización técnica de sus miembros
- Amplias facultades, que deben ser ejercitadas de forma equidistantes entre partes. Por ejemplo, desde la posibilidad de imponer multa (58.2 LCSP), hasta la facultad de anular las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación (art. 57.2 LCSP); o imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que dicha actuación le haya podido ocasionar (art. 58.1 LCSP).
- Asimismo, supone también determinadas limitaciones lógicas, dado su carácter cuasi jurisdiccional, como es la imposibilidad de revisar de oficio sus resoluciones.

La influencia de la Unión Europea en su configuración

Las normas comunitarias que preconfiguran el sistema de resolución de los recursos en materia de contratación pública a escala europea son:

- La Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras. Denominada Directiva de Recursos.
- La Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, por el cual se amplió su ámbito de aplicación también a los contratos de servicios.
- La Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, regulándose los plazos del recurso, y la suspensión automática.
- La Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero, también regulando y sometiendo los contratos de concesión a dicho recurso especial.

La Directiva de Recursos 2007/66

Antecedentes de esta Directiva es la 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de recursos en materia de

adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras. En segundo lugar, la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, por el cual se amplió su ámbito de aplicación también a los contratos de servicios.

Esta Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, regulándose los plazos del recurso, y la suspensión automática (Directiva 2007/66, de recursos), partía de constatar que debía garantizarse a través de disposiciones normativas la aplicación efectiva del derecho de la UE en materia de contratos públicos, pues hasta entonces los mecanismos existentes no siempre habían permitido velar por el respeto a las disposiciones comunitarias en materia de contratación. Esta situación conllevaba la necesidad de establecer un procedimiento específico de impugnación, a través de una norma estatal, con el objeto de prevenir y reparar los posibles incumplimientos de la normativa en materia de contratación pública, especialmente con carácter previo a su ejecución, esto es, en un momento en que dichas irregularidades aún pueden ser subsanadas.

Sin embargo, la Directiva, que establecía los objetivos, mencionaba distintos tipos de órganos que podrían ser los encargados de resolver dichos recursos, previendo la posibilidad que esta tarea pudiera encomendarse a dos tipos de órganos, bien a un órgano jurisdiccional, bien a otro órgano que no tenga dicha naturaleza².

Atendiendo a la autonomía institucional de los Estados miembros, se permitía que se pudiera optar entre atribuir la resolución del procedimiento a los tribunales de justicia como a otros órganos de carácter administrativo, que no formasen parte del Poder Judicial.

Conclusiones de las características que debían reunir dichos órganos a la luz de dicha Directiva 2007/66, de recursos

La Directiva citada se ocupa de fijar los requisitos que deben cumplir dichos órganos administrativos cuando es esa la opción tomada por un Estado miembro de la U.E. Los requisitos son fijados como señala Díez Sastre desde una línea claramente restrictiva:

- El artículo 2 de la Directiva exige que dichos órganos administrativos sean independientes respecto del poder adjudicador y de cualquier otro órgano que intervenga en el procedimiento de contratación.
- Si se establece además, como sistema en un determinado Estado de

² (Art. 2.9 Directiva 2007/66, de recursos)

la Unión Europea que el órgano que conozca el recurso carezca de naturaleza esencialmente jurisdiccional, además es necesario que su actuación pueda impugnarse ante un órgano jurisdiccional, en el sentido del actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) –es decir, únicamente a efectos de poder plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)–. A efectos del actual artículo 267 del TFUE, implica el cumplimiento acumulativo³ de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de órganos que tengan un origen legal;
2. Que tengan carácter permanente (que no se hayan constituido ad hoc para conocer de un asunto concreto);
3. Que su jurisdicción resulte obligatoria y sus decisiones vinculantes;
4. Que sean órganos que actúen a través de un procedimiento contradictorio, en aplicación de normas jurídicas; y;
5. Que sean independientes.

La resistencia del Estado español a la adaptación legislativa nacional a dicha Directiva de 1989, así como a la Directiva 2007/66, de recursos

La transposición, se hizo no solo incumpliendo los plazos establecidos para ello, sino además negando lo esencial, es decir, se llegaba a decir en una Exposición de Motivos de una Ley que en España no había que adaptar nada a dicha Directiva porque ya cumplíamos con ella.

En efecto, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, no incorporaba de manera consciente el contenido de las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, justificándose en la Exposición de Motivos, expresamente *“porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la primera (Directiva), además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido”*. Esta afirmación podía tildarse de autocomplaciente y además poco rigurosa, dado que como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia al condenar al Reino de España en su Sentencia de 3 de abril de 2008 (As. C-444/06), por estimar haber incumplido

³ STJUE de 17 de septiembre de 1997, as. C-54/96, Dorsch Consult; la STJUE de 31 de mayo de 2005, as. C-53/03, Syfait; o la STJUE de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme.

las obligaciones que derivaban de la Directiva 89/665/CEE, “*al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración*”.

La Exposición de Motivos de la anterior Ley de Contratos, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público cambiaba su parecer con respecto a la necesidad de trasponer la Directiva 89/665/CEE, e introducía un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación (artículo 37). A su vez, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) regulaba un sistema de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (artículos 101 y siguientes). Es decir, incluso antes de dicha Sentencia de 2008 se conocía por el Estado español el incumplimiento en el que se estaba incurriendo. No obstante, no se atribuía su conocimiento a un órgano especial equiparable, ni mucho menos al Poder Judicial. Continuaba conociendo la propia Administración autora de los actos que resultaban controlados, de tal forma que no podía concluirse el cumplimiento de la Directiva 2007/66, de recursos.

A pesar de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con posterioridad a la aprobación de ambas normas fue aprobada otra Directiva, la 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que introducía modificaciones sustanciales basadas en las Directivas del año 1989, de recursos CEE, y la 92/13/CEE.

Tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 abril de 2008, por la Comisión Europea se abrió procedimiento de infracción contra el Reino de España por incumplimiento de la misma.

Ello dio lugar a la promulgación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, realizó una modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa para la adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

Esta Ley fue la primera que introduciría verdaderas novedades sobre el carácter del recurso especial. Se puede destacar del recurso que en ella se configuraban las siguientes notas:

- El recurso era potestativo, frente al carácter preclusivo característico del recurso en su versión originaria. Ello suponía atender a la opinión reiterada del Consejo de Estado, el cual en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sugería suprimir o modificar la expresión “deberán” por

“podrán” del artículo 37.1 LCSP que determinaba la obligatoriedad del recurso para acceder a la vía contenciosa.

- Suponía este carácter potestativo, una doble vía de acceso a la fase recurso. Con el tiempo se ha demostrado en la práctica que permitir alternativamente el acceso al contencioso administrativo supone de facto la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial y/o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación, con sus disonancias (reglas del cómputo de plazos para la interposición del recurso distintos, y disfunciones, dado que puede simultanearse las dos vías por dos licitadores impugnando un mismo acto sin que exista una previsión de coordinación). Este sistema no es extraño al ordenamiento jurídico español en el que se configura un recurso potestativo de reposición de naturaleza similar a los efectos de su carácter potestativo en que se resuelve la posible simultaneidad de ambos recursos en el artículo 123.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas al establecer que: *«no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto»*. Estimando que sería conveniente alguna disposición normativa estatal que palíe esta situación disfuncional.
- Se produce con dicha Ley la incorporación de la doctrina del TJUE, emanada de la Sentencia de 28 de enero de 2010 (As.C-406/08, Uniplex), es decir, reglas para el cómputo del plazo de espera y del plazo para la interposición del recurso. Con ello además se preveía en una nueva norma el contenido de las notificaciones que deben hacerse a los licitadores.
- La entrada en vigor de la ley supuso la desaparición de la adjudicación provisional y la determinación de la perfección del contrato en el momento de la formalización y no de la adjudicación definitiva, produciéndose con ello llevar los efectos de la perfección al momento de la formalización y no de la adjudicación definitiva.

Mandatos de la Directiva 2007/66, de recursos, en relación con los caracteres que deben reunir estos órganos

a) La garantía de la independencia:

- Considerando número 22, al señalar que “el órgano de recurso

independiente del poder adjudicador o de la entidad contratante” debe examinar todos los aspectos pertinentes para establecer si razones imperiosas de interés general requieren que se mantengan los efectos del contrato en los supuestos en que se declare su ineficacia.

- Artículo 2.3 se somete “a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador” un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, de tal modo que los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso.
- Artículo 2.9 contiene referencias que también se aplican a los órganos de naturaleza no jurisdiccional encargados de resolver los recursos.

En efecto, dicho precepto señala que:

“Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso”.

“El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad”.

Estamos ante un concepto amplio de independencia el cual se construye sobre la base de criterios formales (jurisdiccional o no) y otros criterios funcionales (nombramiento de sus miembros, la duración del mandato o su revocabilidad).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha analizado estos criterios funcionales a la hora de enjuiciar la adecuación de algunos de los órganos administrativos de resolución de los recursos contractuales creados por los diferentes Estados miembros al Derecho europeo –en particular, al analizar su posible configuración como un órgano jurisdiccional, a los efectos del vigente

artículo 267 del TFUE. La Sentencia de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme, en la que el TJUE, al analizar la independencia del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público considera que, más allá de la tipología de órgano encargado de resolver el recurso, lo relevante es que éste pueda configurarse como un tercero respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida y que pueda ejercer sus funciones:

“sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno [] y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno” (FJ 19).

b) La necesaria especialización.

El artículo 2.9 de la Directiva 2007/66, de Recursos:

«(...) Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.»

El modelo elegido por el legislador español: órgano de naturaleza cuasijurisdiccional

Condicionado por el Dictamen del Consejo de Estado 499/2010, de 29 de abril, el legislador español optó por el sistema no jurisdiccional. Los motivos se encontraban en que se consideraba conveniente no atribuir la competencia para la resolución del recurso especial a los juzgados centrales y provinciales de lo contencioso-administrativo, ya que ello supondría que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante esta Jurisdicción. Ello determinaba además la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y podría desnaturalizar esta jurisdicción. A ello, se añadían dudas materiales, es decir, si se introdujese un procedimiento jurisdiccional especial, no se aseguraba que los tribunales de justicia contaran con los medios necesarios para cumplir con las exigencias procedimentales de dicho recurso (Apartado VI).

Cumple advertir, no obstante, que no es esta la opción tomada por países homologables de la tradición jurídica administrativa española. Así podemos destacar que el sistema seguido por España en cuanto al órgano especial de resolución del recurso especial en materia de contratación pública se ha seguido en países como Bulgaria, Chipre, Alemania, Dinamarca, Estonia, Croacia, Hungría,

Malta, Polonia, Rumania, Eslovenia y Eslovaquia.

Llama la atención que no se haya optado por el sistema judicial como solución, como sí lo han hecho otros países de nuestra tradición jurídica, más cercanos como Francia, e Italia, de tal modo que se haya optado por éstos por la competencia revisora en el organismo judicial ordinario mediante el proceso contencioso-administrativo.

Descartada la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución de dicho recurso a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa el legislador español optó por la creación de órganos administrativos específicos, cuya característica principal es su independencia en el ejercicio de sus competencias. Cuando hablamos de independencia de los tribunales competentes del conocimiento del recurso especial (TARC) nos referimos principalmente a la inexistencia de vínculos de jerarquía o sumisión entre dichos órganos y la Administración y partes contratantes. Es decir, al hecho que los TARC puedan configurarse como verdaderos órganos de control jurídico, en vía de recurso, de la actividad contractual de la Administración, sin someterse a otros criterios e intereses distintos a los previstos expresamente en la Ley.

Centrándonos en la regulación actual, el TACRC, se define legalmente como un *“órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias”* (art. 45.1 LCSP). Independencia que, además, se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros, que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente previstas (art. 45.4 de la LCSP).

Por lo que se refiere a los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que pueden crear las comunidades autónomas y determinadas entidades locales, aunque es cierto que la legislación básica estatal se expresa de un modo más amplio, se les exige también, en todo caso, que se trate de órganos independientes; añadiéndose que:

“El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad” (art. 46.1 LCSP).

La planta cuasi jurisdiccional de los TARC

A. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC):

Su creación llegó a través del artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el cual se titulaba, “Órgano competente para la resolución del recurso”. En este sentido se establecía:

“En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias”.

La Ley 34/2010 creaba el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010 comenzando su andadura con el Presidente y los dos Vocales, constituyéndose el 22 de octubre de 2010.

La Ley 34/2010 introdujo un nuevo párrafo en la disposición adicional tercera de la LCSP, según el cual, los órganos competentes de las Cortes Generales establecerían, en su caso, el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación del recurso especial regulado en el Libro VI de esta Ley.

En opinión particular de este ponente, comienza aquí y a aparecer algunos órganos sui generis que no cumplen con lo examinado con dicha Directiva. En este sentido, y en un mal entendido, también en mi opinión respeto al principio de autonomía parlamentaria, por Resolución de 18 de enero de 2011, del Letrado mayor de las Cortes Generales, se publicaba la resolución de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado (BOE de 25 de enero de 2011), por la que fue creado el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, el cual se constituye como órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación cuando este se interponga contra actos referidos a los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo.

Con ello comenzaba una dispersión no razonable de órganos competentes, y dicho sea con todos los respetos, con la creación de determinados órganos que sin duda alguna no reúnen los requisitos de la Directiva de Recursos. La falta de control, orden y de un modelo claro de planta ha supuesto la creación de determinados órganos que no cumplen con los requisitos de independencia, en el sentido del elemento externo de la limitación de injerencias externas, así como el de inamovilidad, y el elemento interno, la debida imparcialidad de sus miembros.

Como ejemplo puede examinar la Resolución de 21 de diciembre de 2010, adoptada por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en

reunión conjunta, por la que se crea el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales. Este órgano está formado en primer lugar por personas que no gozan de la inamovilidad respecto del órgano que los designa. El artículo 2 de dicha resolución señala que el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales está compuesto por un Diputado, un Senador y el Interventor de las Cortes Generales, es decir, no es necesaria ni una formación ni siquiera jurídica, lo que supone una degradación de este tipo de órganos. A su vez se expresa que son designados por las Mesas de las Cámaras reunidas en sesión conjunta, con un funcionamiento irregular pues alterna los cargos en función de los recursos, es decir, las funciones no son definidas alternativamente como Presidente y Vocal sino en función de cada uno de los recursos planteados, algo inédito hasta el momento, es decir, no existen funciones definidas.

Lo más relevante es que no existe la garantía de inamovilidad, de tal modo que la independencia se avista inexistente, pues dependerá del órgano de gobierno de las Cortes la posible remoción de los miembros del Tribunal ante un eventual recurso especial donde existan divergencias con dicho órgano. Por otro lado, con relación a ello, se encuentra la duración de sus funciones en dicho Tribunal, pues obviamente al ser diputado y senador, está vinculado a la correspondiente legislatura, lo cual le vincula al periodo legislativo, cuando lo ideal sería que recayese estas funciones en funcionarios de las Cortes Generales con una formación jurídica homologable a las de un juez, por ejemplo, un Letrado de las Cortes y cuyo mandato fuera superior.

Lo más criticable por otro lado, y que evidencia su innecesidad lo refleja el número de recursos que ha examinado el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales en 14 años. Hasta la fecha 36 recursos especiales desde su creación en 2010, es decir, algo más de 2 recursos al año. De ello se concluye la inexistencia de otro de los requisitos de dichos órganos que han de conocer de dicho recurso especial, la falta de especialización a la hora de resolver los mismos. Esta falta de especialización nos lleva necesariamente a otro de los principios que deben preservarse de los miembros de estos órganos cual es un régimen estricto de incompatibilidades, que tampoco se cumple de ninguna forma si se posee la cualidad de diputado o senador.

La conclusión es que se ha creado un órgano no especializado e ineficiente, sin funciones exclusivas que pone en entredicho la garantía de la independencia del Tribunal dada su composición y duración de mandato, y lo más importante, con una muy difícil justificación.

Concluimos señalando que sería una buena decisión que la competencia de sus recursos especiales le sea atribuida a un tribunal que sí cumpla con los

requisitos y las garantías de la Directiva 2007/66, de Recursos.

B. Modelo de órgano especial para las Comunidades Autónomas.

El artículo 46 de la LCSP en el ámbito de las Comunidades Autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus asambleas legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, y también para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, la competencia para resolver los recursos deben establecerla sus normas respectivas. Es decir, existe un reconocimiento de capacidad para poder crear sus propios órganos especiales de resolución del recurso especial, o bien la posibilidad de instaurar un convenio con el TACRC. Esto ha sido además reforzado con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 2021.

Una aproximación al estudio de los tribunales administrativos de recursos contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico revela su variedad, que ha dado lugar a una multiplicidad sin *numerus clausus* de estos, contribuyendo a una no deseada dispersión de criterios en cuanto a su creación o no, y a su configuración.

La LCSP ha configurado un modelo de planta abierta y plural en la que conviven junto con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (art. 45.1 LCSP), los potenciales órganos especiales creados en las Comunidades Autónomas, a las diputaciones provinciales y a los municipios de gran población crear sus respectivos TARC (art. 46 LCSP).

La proliferación de dichos órganos –especialmente en el ámbito local– corre el riesgo de afectar a la seguridad jurídica, por la disparidad de criterios que pueden llegar a establecerse, y distorsionar el funcionamiento global del sistema (entre otros, Valcárcel Fernández⁴ y Moreno Molina⁵). Toda vez que, como veremos más adelante, en algunos supuestos la composición de dichos órganos puede llevarnos a cuestionar si realmente se cumplen las garantías de independencia impuestas por la normativa europea y la propia LCSP, de acuerdo con lo que anteriormente nos planteábamos con respecto del órgano creado por las Cortes Generales.

C. Modelo para las Entidades Locales: regulación en determinadas Comunidades autónomas. El caso especial de Andalucía

La competencia para resolver los recursos especiales en materia de

4 El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración. En F. López Ramón (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* 2016, pp. 254-255.

5 Un primer balance de la contratación pública local tras la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. (2019, pp. 34-35).

contratación pública en relación con contratos de Entidades locales viene determinada por las normas de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la interpretación que debe hacerse del apartado 4 del artículo 46 de la LCSP tras la Sentencia del Tribunal Constitucional citada. Hasta el momento, lo ordinario ha sido que los órganos autonómicos creados para la resolución de esos recursos especiales asuman la competencia para resolver los recursos interpuestos contra los actos de las Corporaciones Locales que tengan sede en su territorio. Así sucede en Aragón, Madrid y Cataluña, y esa es, en mi particular opinión como sostendré más adelante la regla a seguir. Así incluso observamos como grandes municipios con Madrid, Barcelona o Valencia no han optado por la vía de la creación de un órgano propio para la resolución de los recursos especiales interpuestos contra sus actos a pesar de poder hacerlo, residiendo su competencia bien en el Tribunal Central o en el autonómico de Cataluña y el de la Comunidad de Madrid.

El artículo 46 de la LCSP, al establecer la posibilidad de que las Comunidades regulen la organización del sistema de recursos especiales dentro de su territorio ha posibilitado la creación de órganos para la resolución de recursos especiales sin las debidas garantías, favoreciendo la comodidad de que, sin mucho esfuerzo presupuestario, se hayan creados órganos no permanentes en cuanto al ejercicio de sus funciones, y cuyos miembros no tienen funciones exclusivas lo que supone de nuevo un riesgo en cuanto al incumplimiento de la Directiva 2007/66, de recursos.

Existen tres Comunidades Autónomas hasta el momento han introducido algunas especialidades. En el País Vasco (Disposición adicional 10 Ley 5/2010), si bien el ámbito en el que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales ejerce su función comprende a las Administraciones locales integradas en el territorio de dicha Comunidad, existen dos excepciones. La primera, la de aquellos municipios de más de 50.000 habitantes que hayan creado su propio órgano competente para la resolución de los recursos de su ámbito local y sector público respectivo. La segunda, los recursos planteados contra contratos de las Diputaciones Forales, que de conformidad con el art. 3.2 LCSP tienen la consideración de Administraciones públicas, lo cual ha sido interpretado en el sentido de considerar necesaria la creación en el seno de las mismas de un órgano administrativo encargado de la resolución de recursos en materia de contratos públicos. De este modo se ha producido la creación en la provincia de Álava, mediante Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, se aprobó la constitución del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales; la de Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, se crea el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, y la de Vizcaya, mediante Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, la creación del Tribunal Administrativo foral de recursos contractuales.

En Aragón se ha promulgado la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, si bien, lo ha dejado limitado a los Ayuntamientos de gran población y a las Diputaciones Provinciales en los términos de la legislación básica. No obstante, son loables los esfuerzos realizados por dicha norma en cuanto a la necesidad de justificar la creación de nuevos órganos, asimismo se han cuidado las garantías y requisitos exigibles a dichos órganos y a los miembros que la componen. De este modo es igualmente reseñable que su creación no responderá al ejercicio de una mera competencia, sino que requiere una justificación exhaustiva. Así establece el apartado 4 del artículo 134 de dicha Ley aragonesa que *“en el expediente, se justificará la necesidad de creación de estos órganos, en aplicación de los principios de seguridad jurídica, interdicción de la duplicidad de órganos administrativos y eficiencia en la gestión del gasto público”*. En cuanto a sus miembros, lejos de la regulación del órgano creado para las Cortes Generales les será exigible la condición de funcionario público de carrera de cualesquiera Administraciones públicas, en condiciones de igualdad. A quien ejerza la Presidencia una experiencia profesional por tiempo superior a quince años como funcionario de carrera del Grupo A1, con titulación en derecho, en la rama del derecho administrativo relacionada directamente con la contratación pública, y a las vocalías diez años.

En Andalucía, por lo que expondré, por el contrario, la laxitud y lo obsoleto de su regulación ha posibilitado una situación que determina un resultado inesperado, especial, inédito y no respetuoso con el cumplimiento de la normativa comunitaria.

La normativa autonómica andaluza, viene constituida por el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre por el que se crea el Tribunal Administrativo de recursos Contractuales de la Junta de Andalucía la cual contempla, al igual que la del País Vasco, la posibilidad de que las Entidades Locales constituyan sus propios órganos especializados e independientes para resolver los recursos (art. 10).

No obstante, la gran diferencia, de lo que sucede en el País Vasco, (y solo allí) es que no existe en la normativa andaluza ningún límite de población para la creación de estos órganos, pero es que además no se pronuncia sobre los requisitos que deben tener estos órganos como sí lo hace la Ley aragonesa. Es decir, se permite sin límite la creación de estos órganos especiales por pequeño que sea la entidad local.

Ello ha dado lugar a la creación de órganos que sí cumplen con los requisitos que hemos venido señalando, como pudiere ocurrir con el Tribunal, (si bien órgano unipersonal) del Ayuntamiento de Sevilla, o también con el Ayuntamiento de Málaga como después veremos, aunque con muchas diferencias con respecto al TARCJA en lo que a volumen de actividad se refiere.

No ocurre así con el resto de los órganos administrativos creados para

la resolución del recurso especial en algunos Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales, si bien existen diversos grados de incumplimientos según los casos.

Antes de proceder a realizar un análisis de la situación actual, y en qué medida el modelo instaurado permite influenciar en la independencia de los TARC, estimamos conveniente determinar los requisitos que deben cumplir los miembros de los órganos especiales encargados de la resolución del recurso especial, se encuentren adscritos a la Administración pública que corresponda.

La independencia, cualificación y especialización necesaria de estos órganos

A. Independencia

Así se puede ver en el propio artículo 46 de la LCSP, respecto del TACRC, al definirlo como el *“órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. [...]”* En la designación del presidente y vocales se establece *“tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes: [...]”* Es decir, una plena independencia funcional con respecto al poder adjudicador autor del acto que sea objeto del recurso especial.

En este sentido se pronunciaba ya el informe 9/2013 de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalidad de Cataluña cuando expresaba respecto de estos órganos que sus miembros *“no tengan ninguna vinculación con el órgano de contratación ni con la mesa de contratación”*.

Todo ello partía de la interpretación que, de estos órganos especiales, de acuerdo con la Directiva 2007/66/CE cuyo artículo 2.9, ha de hacerse, es decir, la suma importancia de la protección del principio de independencia en el funcionamiento de los órganos de recursos contractuales, cuando señala:

“El nombramiento y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez”.

La Directiva 2007/66/CE insiste en la independencia, y recalca: *“independiente del poder adjudicador”*. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 17 de septiembre de 1997, as. C-54/96, Dorsch Consult; la STJUE de 31-5-2005, as. C-53/03, Syfait; o la STJUE de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme vino a sentar que *“más allá de la tipología de órgano encargado de resolver el recurso, lo*

relevante es que éste pueda configurarse como un tercero respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida y que pueda ejercer sus funciones: «sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno [...] y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno [...]» (FJ 19).»

Con estos antecedentes reseñables llegamos a la definición legal de independencia del artículo 45 de LCSP, expresando que el Tribunal Central es un «*órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias*». Independencia que refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros, que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente previstas, como prevé el apartado 4 del mismo precepto. Respecto de los órganos de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales que resultan reconocidas se expresa de un modo más amplio, aunque se les exige que sean independientes. Así, señala el artículo 46.1 de la LCSP que el nombramiento será “*independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad*”.

No obstante, la independencia no basta como requisito, es decir no es suficiente una mera calificación formal, sino que, si bien la normativa reguladora de los diferentes órganos especiales o tribunales administrativos hagan un pronunciamiento general favorable a su independencia, debe procurarse con requisitos y garantías materiales.

B. Cualificación. Forma y requisitos de designación de sus miembros: objetividad de su nombramiento y la profesionalización de los designados

Se debe partir de la premisa del artículo 2.9 de la Directiva de Recursos, la cual señalaba que el nombramiento de los miembros de los órganos nacionales para conocer del recurso debería estar «*sujeto a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento*».

Si el nombramiento corresponde a la Administración de adscripción—ya sea estatal, autonómica o local— podría llevarnos a cuestionar el cumplimiento del requisito de la independencia, dado que no existe un sistema objetivo, siendo la mayoría de los sistemas de libre designación. Es más, es la propia Administración quien debe disponer sus medios, materiales, humanos, regula las retribuciones de sus miembros y lo que es más complicado regula hasta su regreso al final del mandato al servicio del órgano especial.

Al respecto, en el ámbito del TJUE, el Abogado General, en las Conclusiones

presentadas al asunto C-103/97, Josef Kollensperger GmH, 24-9-98, con relación al tribunal administrativo de una región austríaca señalaba respecto de los miembros designados por la Administración que:

«[...] no es por sí solo determinante para prejuzgar su libertad de juicio, que debe estar garantizada por el conjunto de las normas que regulan el funcionamiento del órgano. Hay que añadir que el propio legislador austríaco ha tenido en cuenta esta exigencia, previendo en la Ley por la que se crea la Oficina que, independientemente de su procedencia, sus integrantes no están sujetos a instrucciones en el ejercicio de sus funciones».

Es decir, venía a expresar que lo esencial es *que se garantice no recibir instrucciones*, así como no condicionar las decisiones de sus miembros. En la citada Sentencia del TJUE de 6-10-15, as. C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme, expresa su no objeción a la composición o a la forma de designación de sus miembros, expresando que lo relevante, a juicio del TJUE, es la capacidad de dicho órgano administrativo de ejercer *«sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno»* (FJ 19).

C. La limitación de la discrecionalidad en el nombramiento

Podemos citar diversos ejemplos como el de Madrid. La Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público establece la necesidad de una convocatoria de méritos de candidatos. Es el único sistema auténtico de méritos. Sin embargo, no siempre un baremo es capaz de acertar con los criterios necesarios para establecer a las personas idóneas, para organizar un órgano en el que han de deliberar y llegar a acuerdos sobre asuntos complejos debiendo dar respuestas coherentes, constantes, que den seguridad jurídica, conjugado con una necesaria rapidez y celeridad incesante. Es decir, deliberaciones continuas y repetidamente durante años.

Por otro lado, en Aragón, la Ley 11/2023, en su artículo 119. 2 expresa que el nombramiento se realiza “a propuesta del titular del departamento competente en materia de contratación pública, con arreglo al procedimiento de selección previsto en el artículo 124 de esta ley”. Se informa a las Cortes de Aragón de su nombramiento únicamente. Estableciéndose rigurosos requisitos de especialización.

En Galicia, la Ley 14/2013, el artículo 35. ter.6, lo regula de la siguiente forma: “convocatoria pública realizada por la Administración de la Comunidad

Autónoma y de acuerdo a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad”.

Por otro lado, es conocida las debilidades que tiene el sistema de libre designación, ya que en la mayoría de ellos casos no hay baremo orientativo básico y, en última instancia, el nombramiento se realiza sin necesidad de exponer las razones sustantivas por las que sean más apropiados para el puesto la persona o personas escogidas sobre el resto de los candidatos que concurrían.

Por último, en Andalucía, se regula en una norma reglamentaria, el Decreto 332/2011 exigiéndose para el presidente o presidenta que sea funcionario público con 15 años de experiencia en contratación pública, licenciado en Derecho. Si bien siempre ha sido un funcionario perteneciente el Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía. De la misma forma ha ocurrido en el Tribunal Central, pues siempre ha sido designado un funcionario del Cuerpo de la Abogacía del Estado, pero únicamente por tradición. No obstante, no está garantizado, ni la formación ni la fiscalización de los requisitos a efectos de que únicamente puedan concurrir a dicho puesto los funcionarios pertenecientes a determinados cuerpos para la presidencia, y abrir la de los vocales a más cuerpos.

D. El mandato y la limitación de la revocabilidad del mismo

En general el período temporal del mandato está limitado, y no suele coincidir con los periodos legislativos, de tal modo que le otorga independencia y garantía de inamovilidad frente a cambios de Gobierno. En general, la duración de dicho mandato se sitúa entre los 5 y 6 años, siendo, en algunos casos, renovables por uno o varios períodos sucesivos de la misma duración.

La limitación del tiempo como requisito o características puede cuestionarse su importancia en cuanto a la independencia que aporta, pues debe pensarse que la vuelta al cuerpo de origen del funcionario nombrado en el órgano especial de resolución del recurso especial depende de la misma Administración de la que proceden los actos cuyos recursos especiales se resuelven. Es decir, debe pensarse en aquellos supuestos en los que estando próximos el vencimiento del mandato deba pronunciarse sobre una cuestión delicada para la Administración de la que depende el órgano especial. La limitación del tiempo puede considerarse incluso como contraproducente actualmente para la garantía de la independencia, pues no existe una garantía de reserva de puesto generalizada. Sirva esta reflexión como propuesta de “lege ferenda”.

En este sentido, la limitación en el tiempo sin posibilidad de prórroga viene a ser en contradictoria con la irrevocabilidad del mandato. El artículo 2.9 de la Directiva 2007/66, de Recursos, no se exige a los miembros de los tribunales un estatus idéntico al de los jueces, sino que este sea funcionalmente asimilable.

Si partimos de que el órgano debe estar especializado, pero no existe

una planificación de la propia Administración de una formación en materia de contratación pública enfocada a la provisión de puestos de trabajo en estos órganos, el mandato realizado por el legislador comunitario se encuentra incompleto. Es decir, es necesaria esa formación destinada al conocimiento de la legislación contractual, así como de la jurisprudencia emanada del Tribunal de justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo, y la doctrina de los diversos tribunales de resolución de los recursos especiales. Por lo que, no existiendo esa previsión, se llega a la conclusión de que la especialización no puede venir de la práctica previa al desarrollo del ejercicio de las funciones públicas en un tribunal de recursos contractuales, sino que verdaderamente la especialización en el recurso especial como tal, ante la falta de provisión de formación especializada en los planes de formación, se realiza en el ejercicio de las funciones que se desarrolla en los tribunales de recursos contractuales, llegándose a la conclusión de que la limitación en el tiempo llega a ser en estos momentos, contraproducente, pues cuando un determinado miembro se encuentra formado, y agota el mandato, todo su bagaje se pierde sin que esté garantizado un reemplazo con seguridad de su eficiencia. Es como si un juez estuviera limitado su mandato. Piénsese en los miembros de los tribunales económicos administrativos.

Por ello, se dejan apuntadas estas cuestiones que necesitarían a nuestro entender una evaluación, valorar si en el momento actual aporta algo la limitación en el tiempo de los mandatos, dado que no está aún garantizada la especialización. Existen algunas posturas quizás más recomendables, a la vista de la escasa planificación y programación de la formación elaborada de forma oficial por las Administraciones públicas a efectos de tener personal formado convenientemente para ser candidatos a miembros de estos órganos de resolución del recurso especial en el futuro a través de las renovaciones parciales de sus miembros. Piénsese además en que el ámbito del recurso especial ha sido objeto de ampliación desde el punto de vista objetivo, y que poco se ha realizado en materia formativa al respecto de forma planificada para favorecer la entrada de nuevos miembros en estos tribunales.

La solución que en estos momentos puede ser la más óptima es la adoptada por la legislación de Cataluña, la cual establece un periodo de vigencia del mandato de 5 años renovables sin limitación, lo cual podría ser conveniente, dado que aún no puede considerarse del todo implementado, y homogéneo el funcionamiento de estos Tribunales, dado el aumento exponencial de recursos, sus limitados recursos personales y materiales (sin sistemas de información en el caso de Andalucía), estando aún estos órganos sujetos a coyunturas que muestran la vulnerabilidad en cuanto a su funcionamiento eficiente (piénsese en todos los contratos financiados a través del Instrumento Europeo de Recuperación que ha

supuesto una aumento significativo del número de recursos.

Otra cuestión añadida es la que estriba sobre si la legislación podría mejorarse, es decir, poniendo el foco en la situación material que se produce cuando cesa aquel miembro del órgano especial por fin del mandato, a fin de evitar suspicacias de posibles injerencias en su comportamiento al frente del Tribunal u órgano especial en la última etapa de su mandato.

E. La problemática del ámbito local de Andalucía: la necesidad de la exclusividad de funciones a efectos de asegurar el no ejercicio de otras actividades incompatibles que aseguren la no injerencia externa de otros factores.

El artículo 2.9 de la Directiva 2007/66, de recursos no exige a los miembros de los TARC un estatus idéntico al de los jueces, sino equiparable funcionalmente. Si bien el estatus no es el mismo al de los jueces, una interpretación teleológica de la Directiva, así como de la jurisprudencia hace trasladables los requisitos esenciales de la función jurisdiccional reconocidos en el artículo 117 de nuestra Constitución, a efectos de hacer reconocible esa función cuasijurisdiccional.

El artículo 117 de la Constitución Española de 1978 trata sobre el principio de independencia del Poder Judicial, como aquel que garantiza la imparcialidad de los jueces y magistrados a la hora de tomar decisiones en los procesos judiciales. Esa independencia es esencial, supone no estar sujetos a presiones o influencias externas, supone una estabilidad para proteger de posibles represalias o injerencias en su labor, permitiéndoles actuar de manera imparcial y autónoma.

Con relación a ello se encuentra el ejercicio en exclusividad de esas funciones, a efectos de que en el cometido de la resolución del recurso especial no existan injerencias de otra índole en la resolución de los recursos especiales.

No obstante, las normas autonómicas solo regulan su propio órgano, que han previsto expresamente que la designación del TARC supone el ejercicio de dicho cargo *con dedicación exclusiva*, es decir, el nombramiento resultaría incompatible con otras tareas. La exclusividad en el ejercicio del cargo no se indica de forma expresa en las normas, Así el artículo 45.5 de la LCSP cuando regula el estatuto personal de los miembros del TACRC, prevé que *«durante el tiempo en que se hallen prestando servicios en el Tribunal, tanto el Presidente como los Vocales pasarán a la situación de Servicios Especiales dentro de su cuerpo de origen»*.

En cualquier caso, la posibilidad de conflicto de atribuciones en la entidad local, y si bien le resultan aplicables las causas de abstención y recusación previstas actualmente en la Ley 40/2015, es difícil su control pues casi nunca se hace publicidad de la posible compatibilidad de los cargos de dichos órganos de resolución de los recursos especiales en materia de contratación, así como tampoco

si se dedican en exclusiva, y si no donde prestar normalmente sus servicios. En otras ocasiones no se trata de personal funcionario de la propia Administración, sino que es un funcionario externo que no tiene incompatibilidad para la prestación de servicios de asesoramiento jurídico externo.

En este sentido, debe hacer alusión el informe núm. 9/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña que analizaba la composición y características de los tribunales de las entidades locales, señalaba la necesidad de que estos estén integrados *“por miembros que no tengan ninguna vinculación con el órgano de contratación o con la mesa de contratación u otro órgano que lo asista”*. En Cataluña de momento ni siquiera el propio Ayuntamiento de Barcelona cuenta con tribunal propio (lo mismo ocurre con Madrid).

La dificultad añadida de incorporar a determinadas funciones con carácter exclusivo en estos tribunales locales se encuentra en la falta de efectivos. En este sentido, si conforme a la DA 2ª apartado 7, LCSP no pueden participar tampoco en dichos órganos locales ni secretario ni, en su caso, el interventor de la entidad local dado que deben actuar siempre como vocales de dichas mesas surge entonces la cuestión de conocer ¿quién más existe especializado en un Ayuntamiento?

Este Tribunal en aras a la determinación de su competencia y dado que el artículo 10 del Decreto 332/2011 determina la posibilidad de la creación de órganos especiales por todos los entes locales públicas de Andalucía, dada la escasa publicidad que de la actividad de los mismos se hace en sus portales de transparencia, ha considerado necesario conocer el estado en el que se encuentran esos órganos de resolución del recurso especial en las entidades locales de Andalucía que lo habían creado. Por ello se ha ejercitado el derecho de acceso a la petición de información con relación a dichas entidades locales.

F. Metodología del estudio efectuado por este Tribunal

En dicha consulta se le ha solicitado información a las entidades locales que tiene conocimiento este Tribunal que han creado órgano especial a efectos de la resolución del recurso especial. El objeto de la consulta fue preguntar sobre el organigrama y número de efectivos del Tribunal, así como la condición de los miembros que integran dichos órganos especiales, si era funcionario, laboral, o incluso externo. Asimismo, se solicitaba información acerca del régimen de exclusividad y compatibilidad, a efectos de que se pronunciaran al respecto. Se les requería información sobre su adscripción orgánica igualmente. Por último, sobre el número de recursos que resolvían al año, a efectos de comprobar al menos cuantitativamente el grado de especialización que aporta la experiencia en resolver un gran número de recursos, y el sentido de los fallos.

De todos los órganos especiales a los que este Tribunal ha solicitado

información, en enero de 2024, sobre los datos del ejercicio 2023, algunos no han atendido la petición de información cursada, siendo obligatoria la respuesta a la que están sujetos.

Todos estos entes locales y el Tribunal del Parlamento, ante la falta de contestación, han sido objeto reclamación ante el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, en abril de 2024, estando aún pendiente de resolución, siendo ese el motivo por el que no podemos mostrar datos. Asimismo, se ha remitido la oportuna información al Defensor del Pueblo de Andalucía.

Por otro lado, los entes locales que sí han facilitado sus datos los podemos clasificar entre aquellos que estimamos que sí cumplirían con los requisitos de independencia, exclusividad, y especialización, si bien no se trata de un tribunal en sí mismo considerado como órgano colegiado de deliberación al ser unipersonales. Estos son los Ayuntamientos de Sevilla y Málaga, que cuentan con órganos especiales unipersonales, habiendo resultado en 2023, 26 y 25 recursos en todo el ejercicio 2023, lo cual dista de la media de recursos que resuelve este Tribunal en 2023, pues los cinco miembros resolvieron sin contar resoluciones de medidas cautelares y multas, 649 resoluciones de fondo, es decir, cada uno de los miembros del TARCJA ha resuelto más de un 500 % más respecto de los miembros del órgano especial de estos Ayuntamientos, que son los mejores posicionados en cuanto a calidad de su composición y funcionamiento y volumen de actividad. No han contestado, no obstante, si cumplen con el requisito de la exclusividad de funciones siendo sus funciones ejercidas por funcionarios cualificados.

Por otro lado, nos referimos a los órganos especiales de las Diputaciones Provinciales respecto de los cuales no puede considerarse un volumen significativo. Habiéndosele preguntado qué funciones son las que realizan en régimen de compatibilidad no han contestado a la pregunta. Por otro lado, en cuanto a la adscripción orgánica, compatibilizan funciones dentro del área de influencia de la contratación administrativa. Respecto al número de recursos, no existe especialización por razón de la cuantía de los asuntos que son resueltos. Ello nos lleva a una serie de conclusiones:

Una de ellas es la desconfianza que estos órganos pueden estar generando en los licitadores potenciales recurrentes, pues el bajo índice de recursos puede estar íntimamente conectado con la desconfianza. La falta de exclusividad de funciones hace que el licitador perciba que está verdaderamente ante un recurso de alzada que va a ser desestimado con una alta probabilidad.

Otra de ellas, íntimamente conectado con lo anterior tiene que ver la desconfianza que genera la falta de transparencia, pues después de más de diez años de legislación tanto estatal como autonómica en materia de transparencia, y

partiendo de que las resoluciones de los tribunales no son necesariamente objeto obligatorio de publicidad activa, solo el Ayuntamiento de Sevilla tiene web, realiza memoria anual y sus resoluciones son objeto de publicidad. Es decir, el resto si bien algún Ayuntamiento como el de Málaga si tiene información en el portal, y el de Marbella publica sus resoluciones, no obstante, no tienen ni memoria ni publican sus resoluciones por lo general estos órganos especiales.

La última que abordaremos tiene que ver con una publicación realizada recientemente, que trata sobre la eficiencia de los recursos utilizados en nuestra comunidad autónoma a efectos de la resolución del recurso especial, que concluye que no cualquier descentralización supone un uso más eficiente de los medios. El artículo denominado “Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en Andalucía”, de Borja García Urquiza (ELDERECHO.COM), ahonda sobre las razones que pueden justificar la especial organización descentralizada de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Comunidad Autónoma de Andalucía. El artículo centra el estudio en el análisis de las variables siguientes:

- *Tiempo de espera medio para la obtención de resolución a un recurso especial en materia de contratación (tiempo que transcurre desde que el recurso entra en el Tribunal hasta la notificación/publicación de la resolución al mismo).*
- *Coste necesario para el sostenimiento del sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales (personal, oficinas, etc.).”*
- Como señala el artículo una relación entre estas dos variables supone que sea lógico pensar que a menor coste de sostenimiento del sistema (mejorando la eficiencia) obtendríamos unos tiempos de espera mayores para la obtención de una resolución a un recurso interpuesto (dañando la calidad del servicio). Y al revés, primar la calidad de servicio supondría un esfuerzo inversor mayor, lo que penalizaría la eficiencia del conjunto, mayores tiempos.

Lo interesante son las claves actuales, y es la falta de una visión analítica de la arquitectura de la planta que finalmente se ha instaurado en Andalucía, en lo que a órganos especiales den materia de resolución del recurso especial se refiere, supone un resultado cuestionable y muy mejorable no exentos de riesgos. El análisis práctico es sencillo y debe partir de si el número total de recursos de los que tenemos constancia resuelto por el TARCJA y el resto de los órganos especiales, que son 17.

El TARCJA dictó 649 resoluciones finalizadoras del procedimiento, y los otros 17 órganos especiales 139 resoluciones de fondo.

Las resoluciones dictadas por este Tribunal entre sus cinco miembros corresponden a 129,8 recursos especiales resueltos por cada uno de sus miembros. Este número si lo distribuimos en los 250 días laborables que tiene el año, resulta que cada ponente ha podido dedicar a cada recurso 1,92 días.

En el otro lado el de los órganos especiales, y partiendo de que hay que reconocer que los del (Ayuntamiento de Sevilla y Málaga tiene un especial volumen), supondría que, a una media de 8,17 recursos resueltos por cada órgano especial al año, lo que supone que cada Tribunal dispondría de 30,59 días laborables para dedicar a la resolución de cada recurso.

Los datos del TARCJA resultan ser preocupantes, desde el punto de vista de la presión a la que está sometido, si el Tribunal quiere seguir funcionando al ritmo actual. El Tribunal conforme a los datos que se acompañan a esta memoria en 2023 ha rebajado su tiempo de tramitación media del recurso especial a 20 días, frente a los 91 días de media que tuvo en el año 2020. Dedicar 1,92 días de media a cada recurso no es de lejos idóneo, para poder estar preparado ante situaciones de estrés puntuales, teniendo en cuenta además que hay compatibilizar el estudio del recurso con la tramitación preceptiva, donde se debe contar no solo con el recurso especial, sino también con el informe del órgano de contratación y las alegaciones de los interesados, así como la prueba pertinente en su caso.

Los medios destinados a los órganos especiales de las entidades locales y del Parlamento resultan desproporcionados a la vista de ese simple dato, se ponen de manifiesto la necesidad de un análisis a efectos de determinar cuál es la planta de órganos especiales que necesita nuestra Comunidad Autónoma, pues la actual, queda patente que ni es ordenada, ni encajan entre ellas las existentes. Dichos medios infrautilizados de las entidades locales podrían emplearse en dotar de mayores medios al TARCJA, que es el tribunal, dada su configuración legal como el que verdaderamente tiene garantizadas por norma legal, la independencia y exclusividad de funciones. Es decir, podría integrarse a modo de secciones determinados miembros de estos órganos especiales de la Administración local en el propio TARCJA. Con ello se ganaría racionalidad, eficiencia en los medios, homogeneidad en los criterios y asegurar nombramientos con garantías. O bien, prever el sistema previsto de tribunales territoriales de la comentada D.A.29 de la LCSP.

Con ello evitaríamos esas duplicidades administrativas no deseadas. Se dotaría de mayor confianza a los licitadores (a la vista del bajo índice de recursos en aquellas entidades locales donde menor publicidad existe del trabajo y dotación de esos órganos especiales), si el TARCJA asumiera el órgano especial del Parlamento y demás entidades locales. Se conseguiría la exclusividad de funciones en la resolución de todos los recursos especiales resueltos en nuestra Comunidad Autónoma. Y por último, y quizás lo más importante se lograría

cerrar la “portezuela” creada involuntariamente por el Decreto 332/2011 cuando permite que todas las entidades locales puedan crear su propio órgano especial, sin un deseado control, pues a la vista está que la independencia está más que comprometida ante la inexistencia general de incompatibilidad y de exclusividad por aquellos que resuelven sus recursos, lo que le asimila a un recurso de alzada ordinario que fue precisamente uno de los motivos por los que el Reino de España resultó sancionada, la falta de garantía de la imparcialidad.

Por lo tanto, la asunción por este Tribunal de esas resoluciones dictadas por los órganos especiales de las entidades locales que no reúnen los requisitos para disponer de órgano especial propio, con los medios adecuados, sería asumible por el Tribunal, y con ello sería deseable la desaparición de los mismos, dado los exiguos requisitos exigibles a sus miembros, y las escasas garantías de transparencia e independencia de las que han sido dotados en su creación. Con ello se dignificaría la figura del recurso especial en nuestra Comunidad Autónoma, pues la situación actual no tiene parangón en ninguna otra Comunidad Autónoma, pues piénsese que Ayuntamientos como Barcelona, Madrid o Valencia no disponen actualmente de tribunal propio, sino que los resuelve el Tribunal Catalán, y el de la Comunidad de Madrid y el Central respectivamente.

La conclusión que se impone es que la creación de un Tribunal con funciones exclusivas para la resolución del recurso especial es una decisión que no tiene otra opción, y la decisión de su creación supone necesariamente un análisis sobre su coste en función de la litigiosidad. Sin embargo, el Decreto 332/2011 involuntariamente con la redacción actual lo ha permitido, pues la inexistencia de un control respecto de la decisión para su creación ha permitido que en la práctica totalidad de los mismos las funciones se estén realizando sin la garantía de la imparcialidad, la inamovilidad, la exclusividad, y ni siquiera asegurando la condición de funcionario público, que siempre debe tener quien revisa una decisión plenamente administrativa. Es momento dado el tiempo transcurrido de reflexionar sobre la situación a efectos de conseguir una adecuada planta y organización del órgano de resolución del recurso especial en materia de contratación en Andalucía.