

EL NUEVO RÉGIMEN DE RECURSOS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. INTRODUCCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE RECLAMACIÓN DE DEUDAS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública. Introducción de un procedimiento abreviado de reclamación de deudas a las Administraciones Públicas

El régimen de los recursos aplicables en el ámbito de la contratación administrativa ha sufrido una profunda reforma como consecuencia de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que entró en vigor el 9 de septiembre de 2010. Esta Ley trae causa, a su vez, de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, a la que transpone. Las novedades más destacables de esta reforma consisten en la creación de un órgano administrativo de carácter independiente al que se atribuye la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación; la introducción de una nueva vía de impugnación para la depuración de ciertos supuestos especiales de nulidad contractual también de nueva creación; la refundición en un solo acto de adjudicación de los anteriores actos de adjudicación provisional y definitiva previstos en la redacción original de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; y la traslación del momento de la perfección del contrato al acto de formalización. Por otro lado, la Ley 15/2010, de 5 de julio, ha introducido un nuevo procedimiento abreviado para la reclamación de deudas a las Administraciones Públicas.

New regulation on review procedures for the award of public contracts. Introduction of a new simplified procedure in order to claim payments from public authorities

The regulation on review procedures for the award of public contracts has been significantly amended by Law 34/2010 of 5 August, which entered into force on 9 September 2010. This Law was passed in order to implement Directive 2007/66/EC of 11 December. The most notable changes introduced by this amendment are: the creation of an independent administrative body which will be in charge of deciding the special review proceedings on the award of public contracts; the introduction of a new form of challenging special cases of nullity; the consolidation into one decision of the former process of issuing two award decisions (provisional and definitive) under Law 30/2007 of 30 October on Public Contracts; and the postponement of the entry into effect of the contract until the moment of signing. Furthermore, Law 15/2010 of 5 July, has introduced a new simplified procedure to claim payments from public authorities.

Introducción

El 9 de septiembre de 2010 entró en vigor en su práctica totalidad la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público («LCSP»); 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales («Ley de Sectores Excluidos»); y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («LJCA»). La reforma de las dos primeras leyes mencionadas tenía como objetivo su adaptación a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, por la que se modifican de forma sustancial las anteriores Directivas en materia de recursos (89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE, de 25 de febrero).

La finalidad principal de la modificación operada por la Directiva 2007/66/CE es la de reforzar los efectos del recurso en materia de contratación, permitiendo que los empresarios, candidatos y licitadores puedan impugnar las infracciones legales que se produzcan en los procedimientos de licitación. Y ello de tal forma que dichas infracciones puedan declararse por una autoridad independiente del órgano de contratación en un procedimiento ágil y rápido en el que se obtenga una resolución eficaz.

Nueva regulación en la LCSP del recurso especial en materia de contratación

Actos objeto de recurso. La reforma continúa limitando el recurso especial en materia de contratación a los actos que se dicten en el seno de los procedimientos de los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores, además de a otros supuestos relativos a los contratos de servicios y a los contratos de gestión de servicios públicos. Los actos que se dicten en procedimientos de adjudicación que no reúnan los anteriores requisitos se regirán por el régimen de recursos previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los actos que pueden ser objeto de recurso quedan regulados en el nuevo artículo 310 de la LCSP y son los mismos que los previstos en el antiguo artículo 37 de la misma Ley (adjudicación, pliegos y actos de trámite cualificados). No obstante, el nuevo texto amplía la posibilidad de interponer recurso contra los «anuncios de licitación» y los «documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación».

Una de las principales novedades es el carácter potestativo del recurso, frente al carácter preceptivo

que regía en la regulación anterior. Por tanto, no será necesario interponer recurso especial en materia de contratación —cuando éste proceda— como paso previo para acudir a la vía contencioso-administrativa. No obstante, el artículo 311.2 de la LCSP establece que «las Comunidades Autónomas podrán prever la interposición de recurso administrativo previo al contemplado en el artículo 310».

Medidas accesorias para garantizar la eficacia de la resolución. Al igual que se establecía en el antiguo artículo 37.7 de la LCSP, el único supuesto en el que tiene lugar *ex lege* la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, se produce cuando el acto que se recurre es el de la adjudicación (nuevo artículo 315). No obstante, el artículo 316.3 prevé que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resuelva en el plazo de cinco días desde la interposición del recurso especial si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento.

Competencia. La resolución del recurso especial en materia de contratación se ha encomendado a un órgano especializado e independiente que, en el ámbito de la Administración General del Estado, se crea con la denominación de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (artículo 311 de la LCSP).

En el ámbito de las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiéndose crear en todo caso un órgano independiente. No obstante, mediante la celebración del correspondiente convenio con la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas podrán atribuir esa competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La competencia para resolver los recursos en el ámbito de las Corporaciones Locales será establecida por las normas autonómicas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. Si no existe previsión expresa de la normativa autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que haya atribuido dicha competencia la Comunidad Autónoma en la que se integra la Corporación Local en cuestión.

Procedimiento. Dos son las principales novedades en esta materia: (i) la necesidad de anunciar previamente la interposición del recurso ante el órgano de contratación, dentro del plazo para interponer recurso; y (ii) el plazo de interposición.

Con carácter general, se amplía de diez a quince días hábiles el plazo de interposición del recurso, que deberá contarse «a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4» en el caso de que el acto recurrido sea la adjudicación. Si el acto impugnado no es el acuerdo de adjudicación, el artículo 314.2 de la LCSP determina cuál es la fecha de inicio del cómputo de dicho plazo, que en general se refiere al momento en el que el interesado pueda tener conocimiento de la resolución o acto en el que se produzca la eventual infracción.

Contenido de la resolución. La resolución se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas en el procedimiento de licitación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. El órgano competente para resolver el recurso podrá también acordar la adjudicación del contrato a otro licitador e imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción legal que haya dado lugar al recurso. También se prevé la posibilidad de imponer multas a los recurrentes cuando se aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares. El importe podrá oscilar entre 1.000 y 15.000 euros.

Supuestos especiales de nulidad contractual. Declaración y efectos. La cuestión de nulidad y su diferencia con el recurso especial

Supuestos especiales de nulidad contractual. La Ley 34/2010 da una nueva redacción a los artículos 37, 38 y 39 de la LCSP para introducir en ellos unos «supuestos especiales de nulidad contractual» que se aplicarán a los contratos sujetos a regulación armonizada y a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.

Estos supuestos especiales de nulidad son cinco: (i) que el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión

Europea cuando éste sea preceptivo; (ii) cuando no se hubiese respetado el nuevo plazo de formalización del contrato de quince días, siempre que por esta causa el licitador se haya visto privado de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación y que, además, se haya infringido el procedimiento previo de adjudicación; (iii) cuando se lleve a efecto la formalización del contrato, pese a haberse interpuesto el recurso especial, desconociéndose la suspensión automática de la adjudicación; (iv) tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco, cuando se hayan incumplido las normas establecidas para la adjudicación del contrato; y (v) cuando se trate de un contrato basado en un sistema dinámico adjudicado con incumplimiento de las normas establecidas para ello.

Todos los supuestos anteriores proceden de la Directiva 2007/66/CE, donde se establecen unos casos concretos en los que los Estados miembros deben garantizar que sea declarada —en términos de la Directiva— la «ineficacia» de los contratos. Se trata, sin embargo y a nuestro juicio, de causas que, incluso antes de la Ley 34/2010, habrían sido reconducibles a los supuestos de nulidad o anulabilidad propios de nuestro Derecho interno (artículos 31 a 33 de la LCSP). Pero, al añadirse de forma separada y adicional a los supuestos tradicionales de nulidad y anulabilidad, quedan configurados como situaciones especiales, con una regulación especial, tanto en lo que se refiere al órgano competente para declararlas como en lo que se refiere a sus efectos e incluso a su posible subsanación.

Es decir, no parece que estos supuestos especiales de nulidad deban interpretarse en el sentido de que son privativos de los contratos a los que, según la nueva redacción del artículo 37.1 de la LCSP, resultan de aplicación directa. Por el contrario, cuando se den situaciones que puedan encajar en estos supuestos especiales, pero no se esté ante uno de los contratos mencionados en el artículo 37.1 de la LCSP (contratos sujetos a regulación armonizada más ciertos contratos de servicios), entendemos que dicho contrato podrá ser declarado nulo o anulable en aplicación de las reglas generales. No obstante, sí que parece que los efectos y el procedimiento para la declaración de nulidad en estos supuestos especiales han de entenderse reservados a los contratos mencionados en el nuevo artículo 37.1 de la LCSP.

La consideración anterior permitiría salvar la aparente contradicción de que exista algún caso en el

que cabe interponer el recurso especial en materia de contratación y, sin embargo, dicho caso no esté comprendido dentro del ámbito de aplicación de estos supuestos especiales de nulidad. Se trata de los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de ejecución superior a cinco años, que aparecen mencionados entre aquellos contratos respecto de los que cabrá interponer el recurso especial (artículo 310.1 de la LCSP). Parece razonable entender que, por ejemplo, cuando un contrato de esta naturaleza se formalice sin respetar la suspensión automática de la adjudicación producida por la interposición del recurso especial, su invalidez habrá de declararse aplicando las reglas generales sobre nulidad y anulabilidad de los artículos 31 a 33 de la LCSP.

Casos en los que no procede la declaración de nulidad o puede no acordarse. Pese a la denominación dada a los «supuestos especiales de nulidad», en ciertos casos se admite la subsanación de los defectos que se hayan producido o que el órgano competente para declarar esa nulidad decida no acordarla y mantener los efectos del contrato.

En concreto, puede destacarse el contenido del nuevo artículo 38.2 de la LCSP. Ese artículo permite que el órgano competente para declarar la nulidad del contrato en estos supuestos especiales decida no hacer ese pronunciamiento anulador y mantener los efectos del contrato si, atendiendo a las circunstancias excepcionales que concurran, considera que existen razones imperiosas de interés general que así lo exigen. El artículo citado añade dos párrafos en los que se intenta acotar el alcance de este concepto jurídico indeterminado. En ellos se establece que, en principio, los intereses económicos no pueden ser considerados como razones imperiosas de interés general, especialmente cuando se trate de intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión, tales como los derivados del retraso en la ejecución del contrato o de la nueva convocatoria.

Si se decide mantener los efectos del contrato, la declaración de nulidad ha de sustituirse por alguna de las sanciones alternativas mencionadas en el artículo 38.3. Estas sanciones alternativas pueden consistir en la imposición de multas al poder adjudicador de entre el cinco y el veinte por ciento del precio de adjudicación; o en la reducción proporcionada de la duración del contrato.

Cuestión de nulidad. Diferenciación con el recurso especial. Para la depuración de los «supuestos especiales de nulidad», la Ley 34/2010 ha introducido una nueva vía de impugnación denominada «cuestión de nulidad». Ésta es una vía distinta de la del recurso especial ahora regulado en los artículos 310 y siguientes. La cuestión de nulidad se resuelve por el mismo órgano que resulta competente para conocer de los recursos especiales en materia de contratación.

El objeto de la cuestión de nulidad ha de ser la resolución sobre alguno de los supuestos especiales de nulidad del artículo 37.1 de la LCSP. No obstante, la LCSP también admite que esos supuestos especiales de nulidad puedan suscitarse por la vía del recurso especial siempre y cuando éste sea admisible según las reglas que le resultan aplicables. De este modo, se prevé que si se ejercitan simultánea o sucesivamente la cuestión de nulidad y el recurso especial sobre el mismo acto, el órgano competente pueda inadmitir la cuestión de nulidad siempre que el órgano de contratación haya respetado la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada, en su caso, en el marco de ese recurso.

La cuestión de nulidad puede interponerse con carácter general y salvo en determinados casos concretos en el plazo de seis meses a contar desde la formalización del contrato. Por otra parte, la interposición de la cuestión de nulidad no producirá por sí sola la suspensión de la ejecución del contrato, sin perjuicio de que pueda acordarse esa suspensión a instancias del interesado.

Modificación de la Ley de Sectores Excluidos

La Ley 34/2010 reforma también los procedimientos de reclamación previstos en la Ley de Sectores Excluidos, tal y como resulta de la Directiva 2007/66/CE, que igualmente modifica la Directiva de recursos en este ámbito normativo.

La modificación de la Ley de Sectores Excluidos en este punto tiene como finalidad unificar el sistema de reclamaciones en esta clase de contratos con el régimen existente en el ámbito de los contratos del sector público. De este modo, la reforma regula de manera paralela a la ya vista las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación —que se asemejan al recurso especial en materia de contratación y serán resueltas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o los

órganos autonómicos de naturaleza análoga—, así como los supuestos especiales de nulidad y la «cuestión de nulidad» que podrá interponerse en relación con ellos.

Modificación de la LJCA

La Ley 34/2010 modifica la LJCA para atribuir a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de recursos contra las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (salvo que resuelva en relación con contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales). Por otro lado, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia queda atribuida la competencia para conocer de los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas por los órganos autonómicos de naturaleza análoga al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En segundo término, la Ley 34/2010 también modifica la regulación de la LJCA en materia de legitimación activa, con el fin de establecer que las Administraciones públicas podrán impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa las resoluciones de los tribunales administrativos que resuelvan recursos y reclamaciones en materia de contratación sin necesidad de previa declaración de lesividad.

Normas de derecho transitorio para las Comunidades Autónomas

Del régimen transitorio de la Ley 34/2010 interesa destacar lo previsto en su disposición transitoria segunda en relación con las normas que se aplicarán al régimen de recursos de la LCSP y reclamaciones de la Ley de Sectores Excluidos hasta tanto la Comunidad Autónoma correspondiente no regule las cuestiones previstas en la reforma. Las reglas principales de ese régimen transitorio son las siguientes: (i) serán susceptibles de recurso los actos mencionados en el artículo 310.2 de la LCSP, tal y como queda redactado por la Ley 34/2010; (ii) la competencia para resolver el recurso continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad; (iii) la tramitación se realizará conforme a lo dispuesto en la nueva redacción de ambas leyes; y (iv) las resoluciones que se

dicten serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

Al margen de lo anterior, la aplicación del régimen transitorio de los recursos en el marco de los procedimientos de contratación iniciados ha planteado problemas prácticos de interpretación. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda, en su Informe n.º 45/10, de 28 de septiembre de 2010, ha analizado los distintos escenarios que pueden producirse. En concreto, ese informe considera que: (i) los expedientes de contratación que deban considerarse iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010 se regirán por la regulación anterior manteniendo los trámites de adjudicación provisional y definitiva; (ii) contra la adjudicación provisional acordada antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010 cabrá interponer el recurso especial regulado en la redacción original del artículo 37 de la LCSP; (iii) contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010 no cabrá recurso especial, salvo que reúna los requisitos de los actos de trámite impugnables; y (iv) contra la adjudicación definitiva cabrá la interposición del recurso especial regulado en la Ley 34/2010 siempre que tanto la adjudicación definitiva como la provisional se hayan acordado con posterioridad a su entrada en vigor.

Adaptación de determinados preceptos de la LCSP como consecuencia de la reforma

Como el preámbulo de la Ley 34/2010 señala, la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2007/66/CE ha hecho necesario o conveniente, a su vez, dar solución a algunas contradicciones u omisiones del texto anterior de la LCSP. En particular, surgían problemas interpretativos sobre cuál era el acto contra el que debía interponerse el recurso especial: ¿la adjudicación provisional? ¿la definitiva? ¿ambas? Pues bien, para dar solución a esta cuestión, el legislador ha optado por suprimir la distinción entre adjudicación provisional y definitiva, volviendo al régimen previo de un solo acto de adjudicación, lo que ha afectado principalmente a la redacción primitiva de los artículos 135 a 140 de la LCSP.

Por otra parte, en el escenario de la regulación anterior a la Ley 34/2010 se planteaba una cierta problemática en relación con el momento en el que tradicionalmente se ha venido considerando que se

producía la perfección de los contratos (hasta ahora, la adjudicación definitiva), pues para dar cumplimiento a la normativa comunitaria había de instaurarse un recurso que, en todo caso, permitiera corregir las eventuales infracciones del procedimiento de adjudicación «antes» de que el contrato se hubiera celebrado. Para salvar este problema, el legislador ha retrasado la perfección del contrato hasta su formalización, cuando éste se celebre por un poder adjudicador (nueva redacción del artículo 27.1 de la LCSP).

Introducción de un procedimiento abreviado de reclamación de deudas a las Administraciones Públicas

En paralelo a la reforma operada por la Ley 34/2010, la LCSP también se ha visto afectada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En primer término, se modifica el artículo 200.4 de la LCSP. De este modo, se reduce el plazo en el que la Administración tiene la obligación de abonar el precio de los contratos, estableciéndolo en treinta días a contar desde la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. Sin embargo, la Ley establece una amplia *vacatio legis* para la entrada en vigor de ese nuevo plazo, que comenzará a aplicarse a partir del 1 de enero de 2013. Hasta esa fecha, se prevén distintos plazos para el pago: (i) desde la entrada en vigor de la norma (7 de julio de 2010) hasta el 31 de diciembre de 2010, el plazo será de 55 días; (ii) desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2011, el plazo será de 50 días; y (iii) desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2012, el plazo será de 40 días.

En segundo lugar, con el fin de agilizar los procedimientos de reclamación de deudas a las Administraciones públicas, el nuevo artículo 200 *bis* de la LCSP dispone que, transcurrido el plazo de treinta días de que dispone la Administración para abonar el precio del contrato, los contratistas podrán requerir el pago por escrito. Si la Administración no contesta en el plazo de un mes, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. Lo más relevante de este recurso contencioso-administrativo es que en él podrá solicitarse

como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. Formulada esta solicitud, el órgano judicial deberá adoptar la medida cautelar salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no se corresponde con la que es exigible,

en cuyo caso la medida cautelar se limitará a ésta. Por último, se prevé la condena en costas a la Administración en caso de estimación total de la pretensión de cobro.

MARÍA JESÚS MADRIGAL ESTEBAN y MANUEL VÉLEZ FRAGA*

* Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).