

ACTOS Y CONTRATOS

INFORME ANUAL - 2010 - ESPAÑA

(Febrero 2011)

Prof. Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

**2. APROXIMACIÓN SUMARIA AL RÉGIMEN DE RECURSOS EN
MATERIA DE CONTRATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

2.1 Introducción

2.2 Previo: modalidades de nulidad de los contratos del sector público

*2.3 Modificación del sistema de recursos en materia de contratación:
configuración de tribunales administrativos especiales*

2.4 Cuestión de nulidad para motivos de derecho comunitario

2.5 Recurso especial en materia de contratación

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Autorización como género y como especie

*3.2 Valoración de los mecanismo de intervención administrativa en las
actividades de servicios*

*3.3 Las comunicaciones previas como mecanismo de intervención preferente y
sus dos especies en el nuevo artículo 71 bis de la LRJPAC*

1. INTRODUCCIÓN

El año 2010 ha sido un año extrañamente prolijo en relación con los actos administrativos y los contratos públicos en el ordenamiento jurídico español. Como consecuencia de los deberes de transposición de dos Directivas, se han producido cambios legislativos en ambos sectores que justificarían aisladamente que se explicaran en estas páginas.

En relación con los actos administrativos, aunque formalmente la reforma se operó en los últimos días de 2009, la transposición de la Directiva 2006/123 ha abierto la puerta a una forma diferente de entender las formas de intervención en las actividades de servicios; sustituyendo los actos de conclusión del procedimiento por el género de las comunicaciones previas.

En materia de contratos, la necesidad de transponer la Directiva de recursos ha supuesto un cambio tanto en los procedimientos de recurso como en las causas de invalidez de los contratos públicos. Empezaré el desarrollo por este último apartado.

2. APROXIMACIÓN SUMARIA AL RÉGIMEN DE RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

2.1 Introducción

La aprobación de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (Directiva de recursos en adelante) tiene una notable importancia en la regulación de la contratación pública, constituyendo un complemento inescindible de las Directivas que recogen los procedimientos de adjudicación de los contratos.

La Directiva de recursos ha sido objeto de transposición al ordenamiento español a través de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. Como se puede apreciar, es básicamente una Ley de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante) y por ello, supondrá incorporar a una norma, de por sí compleja, un sistema de recursos que altera la práctica española en la materia a través de la creación de un Tribunal especial de naturaleza administrativa.

La cuestión de los recursos en materia de contratos, de sus efectos constituye un punto siempre conflictivo, con dos intereses que son contrapuestos. Por un lado, el interés de los participantes en el procedimiento de contratación y que no han resultado adjudicatarios, que pueden pensar que la resolución administrativa no fue la adecuada. Dilatar en el tiempo la resolución del recurso, aunque sea favorablemente al recurrente, supone negar la justicia material ya que es previsible que el contrato esté ejecutado. Al mismo tiempo, cuando se recurre e hipotéticamente se anula un contrato adjudicado se está sin duda provocando un perjuicio al interés general, manifestado en el retraso en la prestación que va a recibir el ente público; riesgo que no es menor teniendo en cuenta que estamos en un momento de incremento de la litigiosidad, tanto administrativa como judicial. Por ello, la solución que se proporcione ha de ser cuidadosa para que ninguno de los dos intereses tenga un perjuicio apriorístico imposible de asumir.

En todo caso, toda modificación de la normativa, por brillante que sea, se enfrenta a un problema que frena su aplicabilidad: la mayor complejidad de los contratos –de los que los mecanismos de colaboración público privada constituyen el punto mayor-, la sofisticación de los mecanismos de adjudicación –cuyo paradigma es el diálogo competitivo-; el mayor grado de tecnificación y el aumento de la litigiosidad hacen que disponer de un control judicial efectivo y razonable resulte especialmente dificultoso. Aquí no podemos olvidar, tampoco, que el Derecho llega hasta un determinado punto y que los

ámbitos de discrecionalidad administrativa que existen –y es necesario que existan– suponen un freno (material) en el control.

La reforma en el ordenamiento español va a pasar por la redefinición de las causas de nulidad de los contratos y, en segundo lugar, en la modificación del procedimiento de recurso, derogándose el régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y sustituyéndolo por un mecanismo que incorpora un Tribunal de naturaleza administrativa. A la exposición de ambas cuestiones se dedican las siguientes páginas.

A los efectos del entendimiento del régimen español, sí conviene señalar su complejidad. Complejidad que se ve aumentada por el hecho de que convivan en el ordenamiento contratos sometidos a regulación armonizada –los que están sometidos a las Directivas comunitarias– y los que carecen de esa calificación, que dependerá no sólo de la cuantía sino también de la entidad adjudicataria. Este hecho se traduce, sin dudas, en que el régimen de revisión pueda producir cierta inseguridad. De hecho, los contratos que no llegan a los umbrales comunitarios tienen que someterse al régimen general de los recursos administrativos.

Por último, conviene tener presente que el Tribunal especial se ha creado por ley en el verano del 2010 y su composición se ha retrasado hasta el final del mes de octubre. No hay, por tanto resoluciones que puedan ilustrar la eficacia del mecanismo creado con el legislador.

2.2 Previo: modalidades de nulidad de los contratos del sector público

A los efectos de un adecuado entendimiento de cuál es el régimen español de las modalidades de recurso en materia de contratación pública conviene tener presente un dato esencial: las causas de invalidez de los contratos resultan especialmente complejas y tienen consecuencias sobre los mecanismos de recurso. Precisamente por ello, aun introduciendo un elemento inicialmente no previsto en el esquema general.

La incorporación de los contenidos de la Directiva de recursos se ha traducido en una redefinición de los supuestos de nulidad de los contratos públicos. A la tradicional

distinción del Derecho español entre motivos de “Derecho administrativo” y de “Derecho civil” habrá que añadir una tercera categoría definida en los artículos 37 y siguientes como “supuestos especiales de nulidad” que, siguiendo la clasificación anterior, podría clasificarse como motivos de “Derecho comunitario”, dado que son los motivos que proceden de la transposición de la directiva.

2.3 Modificación del sistema de recursos en materia de contratación: configuración de tribunales administrativos especiales

El primer punto que ha de ser destacado es la configuración de un órgano para los contratos de la Administración General del Estado un órgano específico para conocer de los litigios: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales, aunque este último número variará en función del número de asuntos que puedan llegar a él. Será el órgano que conozca de las reclamaciones que se susciten por los expedientes de contratación del Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas. Para el resto de los entes del sector público habrá que articular un mecanismo equivalente.

A pesar de su naturaleza administrativa, es un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus funciones. De hecho, los designados como Magistrados tendrán reconocido su carácter independiente e inamovible, estando tasadas las causas de remoción del puesto, de acuerdo con las reglas usuales. La duración del nombramiento será de seis años y no podrá prorrogarse.

2.4 Cuestión de nulidad para motivos de derecho comunitario

El primer elemento que conviene reseñar es la bifurcación de los mecanismos de recurso para la resolución de los litigios que surjan en los procedimientos de contratación. La ley 34/2010 crea, por un lado, una “cuestión de nulidad” y articula un recurso especial de contratación que se analizará en el epígrafe siguiente. No obstante, queda en la opción del recurrente utilizar esta vía de recurso o el recurso especial, lo cual ha obligado al legislador a incluir una cláusula por la que se declara que la cuestión de nulidad se podrá

inadmitir –debería, sería más lógico- “cuando el interesado hubiera interpuesto recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada”.

En el fondo, la cuestión de nulidad no es sino una adaptación del procedimiento general del recurso especial en materia de contratación, en el sentido de alteración de los plazos en los diversos trámites del recurso y la omisión de otros; concretamente la no obligatoriedad de hacer el anuncio previo que sí se exige en el otro recurso. La única regla sustantiva especial es que carece de efectos suspensivos automáticos.

Sus caracteres más relevantes son los siguientes:

a) Carácter contractual: no es un recurso contra los actos dictados en el procedimiento de adjudicación, sino contra los contratos ya formalizados cuando se den los supuestos especiales de nulidad (art. 37.1 LCSP).

b) Carácter extraordinario o tasado: el recurso contractual sólo puede interponerse cuando concurren los supuestos especiales de nulidad de los contratos, sin que pueda fundarse en otros motivos ni tan siquiera en las causas generales de nulidad de pleno derecho (arts. 37.1 y 39.1 LCSP).

c) Carácter no suspensivo: su interposición no produce la suspensión automática del contrato impugnado [art. 39.5.b) LCSP], sin perjuicio de solicitar medidas provisionales

Resolución del recurso y medidas complementarias

La estimación de la cuestión de nulidad o recurso contractual se manifiesta en la declaración de nulidad, que sólo puede acordarse en los supuestos especiales previstos en el art. 37 (art. 38.1 LCSP). Con carácter general, los efectos de esta declaración de nulidad llevarán, en todo caso, la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor, debiendo la parte que resulte culpable indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido (art. 35.1 LCSP)

reformado por Ley 34/2010). No obstante, para evitar efectos mayores derivados de la declaración de nulidad, se permite la sustitución, manteniendo en consecuencia la validez del contrato, adoptando una sanción alternativa (art. 38.2). Se trata de una opción que tiene que solicitar el órgano de contratación ya sea durante las alegaciones ya durante la fase de ejecución de la resolución y que está sujeto al cumplimiento de determinadas exigencias.

2.5 Recurso especial en materia de contratación

Naturaleza del recurso y actos susceptibles de recurso

El primer elemento que ha de ser tenido en cuenta es que este recurso tiene naturaleza potestativa, en cuanto al acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto significa que las vías de recurso judicial están abiertas sin necesidad de interponer esta modalidad de recurso.

No obstante, es previsible que, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos de recursos administrativos, que son muy poco empleados por los ciudadanos, puede tener un recorrido bastante mayor, por dos razones: una por su carácter sumario y por reglas procesales que permitirán una mayor efectividad del recurso y, en segundo lugar, en la medida en que el retraso que acumula la jurisdicción contencioso-administrativa hace que en buena medida quede carente de contenido el objeto del recurso. Ahora bien, ello no obsta para que los procedimientos de recurso se puedan continuar en el contencioso con lo que parte de los efectos benéficos que se quieren obtener pueden perderse en el camino.

Resolución del recurso

El procedimiento del recurso especial finaliza con la resolución. El plazo para dictarla es de cinco días hábiles a contar, no desde la interposición, sino desde la recepción de las alegaciones de los interesados o del transcurso del plazo señalado para su formulación y el de prueba en su caso (art. 317.1 LCSP). La duración total del procedimiento es realmente muy breve: la suma total de los días previstos para los distintos trámites es de 12 días hábiles, a la que en su caso habría que añadir los 10 días hábiles para la práctica de la prueba.

El Tribunal, a la hora de dictar la resolución, tiene plenas capacidades para dictar aquella resolución que considere más adecuada, de acuerdo con los principios de congruencia y motivación. a) Anulación de actos ilegales; b) Indemnización de daños y perjuicios; c) Levantamiento de medidas cautelares. d) Posible imposición de sanción

Efectos de la resolución del recurso

El recurso especial es una primera instancia independiente, administrativa y no jurisdiccional, pues las resoluciones del tribunal administrativo de contratación son susceptibles de posterior recurso contencioso-administrativo (art. 21.1 LCSP). Frente a la resolución dictada en el procedimiento del recurso especial solo puede interponerse recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con las nuevas reglas sobre competencia y legitimación -ya reseñadas- de la LJCA reformada por la Ley 34/2010 (recurso directo por los interesados y las entidades adjudicadoras); sin que sea susceptible de revisión de oficio por nulidad de los actos administrativos prevista tanto en el art. 34 de la LCSP como en el art. 102 de la Ley 30/1992 ni de la fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones públicas (art. 319.1 LCSP).

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS

La aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, ha supuesto un cambio de gran envergadura en cuanto a los mecanismos de intervención en las actividades de servicios. El plazo de transposición, concluido el 28 de diciembre de 2009 ha motivado que se modifiquen las normas de procedimiento y actos administrativo para adaptar las formas de intervención administrativa a la nueva regulación comunitaria.

La Directiva de servicios se ha transpuesto al ordenamiento español¹, en primer término, a través de una norma transversal -la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, coloquialmente conocida como *Ley paraguas*- y, en un segundo escalón, a través de una serie de disposiciones con rango de ley específicas tanto del Estado como de las Comunidades autónomas, dentro de las cuales hay que citar expresamente a la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* –coloquialmente conocida por *Ley ómnibus*-.

3.1 Autorización como género y como especie

El régimen que está previsto en la Directiva de servicios afecta a un conjunto amplio de mecanismos de intervención de los poderes públicos en las actividades de los particulares. Se puede afirmar que la *autorización* aparece como un concepto que afecta a toda aquella actividad administrativa en virtud de la cual se realice cualquier actividad de control/delimitación de las actividades de servicios, yendo de las más intensas –como son el otorgamiento de permisos para el ejercicio de actividades, esto es las autorizaciones tradicionales- a la ordenación de todas las formas de registro de operadores, aunque sean motivados por el ejercicio de actividades reguladas. En este punto, resulta necesario recordar que la propia Directiva determina que por régimen de autorización hay que entender “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio” (artículo 4).

¹ Normativamente no se puede proporcionar un listado por su extensión, que además se amplía día a día. Puede verse, el tomo de recopilación Directiva de servicios y normativa de transposición. Ed. Aranzadi (2010).

Desde esta perspectiva, la autorización deja de ser un título habilitante en la Directiva de servicios para transformarse en el género de las modalidades de intervención administrativa sobre las actividades de servicios; lo cual imposibilita la articulación del régimen comunitario. No obstante, al lado del género, conviene examinar cómo se articulan las posibilidades que tienen los entes públicos y ante qué tipo de situaciones pueden ser utilizadas las especies de autorizaciones que cumplan con la función tradicional de esta modalidad de títulos.

3.2 Valoración de los mecanismo de intervención administrativa en las actividades de servicios

Como se acaba de indicar, las Leyes paraguas y ómnibus configura un régimen de actos de intervención en las actividades económicas de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la ley que está compuesto por autorizaciones, declaraciones responsables y actos comunicados. Tres modalidades de intervención que responden a finalidades distintas y que, de hecho, plantean el momento de la actividad administrativa en diferentes puntos. Precisamente por ello, la ley recoge unas notas que ha de aplicar la Administración competente que constituyen principios sobre el cómo y el cuándo de la intervención administrativa.

El nuevo artículo 39 bis de la LRJPAP, recordando el contenido del artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, establece, en este sentido, que: *“las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”*. Principio de menor restricción y exigencia de motivación de la opción elegida por el regulador son, en consecuencia, los puntos sobre los que se estructura la arquitectura de intervención administrativa.

3.3 Las comunicaciones previas como mecanismo de intervención preferente y sus dos especies en el nuevo artículo 71 bis de la LRJPAC

La Ley ómnibus introduce un nuevo precepto en la Ley 30/92, de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante), el artículo 71 bis, que tiene carácter básico por aplicación del artículo 149.1.18 CE, que cumple la función de establecer la normativa esencial de esta modalidad de intervención administrativa. Con ello, se proporciona un carácter general a todo el territorio nacional de las soluciones que se habían ido desarrollando las Comunidades autónomas, vinculadas a sus propios procesos de simplificación administrativa, adoptadas en el curso de la crisis económica..

De acuerdo con lo previsto en el artículo 71 bis LPC el género de las comunicaciones previas consiste en una declaración efectuada por un particular a la Administración responsable por la que comunica “no sólo los datos e informaciones requeridos por la disposición legal que la regule, sino también –y quizá fundamentalmente- la intención de realizar una concreta actividad. Se trata, en definitiva, de una declaración de voluntad dirigida a la producción de un efecto jurídico concreto previsto por la norma y querido por el interesado: la inversión en ese caso de la prohibición relativa instrumental establecida por la norma, o en otros términos, la obtención del título habilitante”². No es, como es conocido, un instrumento novedoso, aunque sí se puede predicar esta característica de la generalización que hace la legislación de procedimiento administrativo para cualquier procedimiento, y, más aún, que constituye el mecanismo primario que está a disposición de los entes públicos para intervenir la actividad de los particulares.

Esta modalidad de intervención administrativa acostumbra a operar sobre aquellas actividades en las que se pretende ganar en eficacia en el control que realizan las Administraciones públicas, sin que por ello se resienta el interés general, en la medida en que las potestades administrativas se ejercerán a posteriori. Es, por ello, un modelo que

² ARROYO JIMÉNEZ, L., Libre empresa y títulos habilitantes, CEPC, Madrid (2004), p. 349.

sirve a la liberalización de mercado que acostumbran a estar, además, desregulados –como ocurre con las actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva– y, por otra parte, permite disponer de una ordenación de los procedimientos administrativos simplificado, modulado, con lo que ello conlleva en relación con el cumplimiento del principio de celeridad administrativa. Téngase en cuenta que en el contexto de la transposición de la Directiva de servicios el disponer de procedimientos simplificados resulta especialmente importante, en la medida en que su tramitación se debe realizar de forma electrónica.

Esta es la esencia general de las dos figuras que recoge el nuevo artículo 71 bis LPC; declaración responsable y comunicación previa. De acuerdo con las definiciones legales, nos encontramos ante comunicación previa en aquellos casos en los que se presenta ante la Administración un *“documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1”*. Por su parte, la declaración responsable es aquél documento *“suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio”*.