

M<sup>a</sup> José Santiago Fernández  
Presidenta  
Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales  
Junta de Andalucía

# Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro

RESUMEN/ABSTRACT:

Los tribunales administrativos de recursos contractuales como instrumentos de transparencia y buen gobierno mediante el control de la legalidad en la contratación pública. Naturaleza cuasijudicial de dichos órganos.

The administrative courts of contractual appeals as instruments of transparency and good governance through control of the legality of public procurement. Quasi-judicial nature of the aforementioned bodies.

CONTRATACIÓN PÚBLICA, INSTRUMENTOS DE CONTROL, ÓRGANOS CUASIJURISDICCIONALES, TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO  
PUBLIC PROCUREMENT, CONTROL INSTRUMENTS, QUASI-JURISDICTIONAL BODIES, TRANSPARENCY AND GOOD GOVERNANCE

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

## I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública es un elemento importante de las economías nacionales de la UE. Las autoridades y los entes de Derecho público gastan cada año aproximadamente una quinta parte del Producto Interior Bruto (PIB) de la UE en la adquisición de bienes, obras y servicios. Alrededor del 20 % de ese total se destina a contratación pública que supera los umbrales por encima de los cuales se aplican normas de contratación pública de la UE. La Comisión estima que el valor total de las licitaciones por encima de los umbrales de la UE ascendió a unos 425.000 millones EUR en 2011, según el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014<sup>1</sup>.

La contratación pública es un ámbito expuesto a las prácticas de corrupción. Según una investigación de 2008 sobre contratación pública y corrupción, los costes adicionales de un contrato como consecuencia de las prácticas de corrupción pueden ascender al 20 /25 %, y en algunos casos incluso el 50 %, del coste total del contrato.

Para hacer frente a las irregularidades cometidas en un procedimiento de contratación pública, la vía jurisdiccional no se presenta como la más idónea, ni tampoco la vía penal a través de la tipificación de delitos de información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos. Respecto a la vía contencioso administrativa, la realidad ha puesto de manifiesto la ineficacia de la misma por la tardanza en la resolución de los recursos, el coste de los procesos jurisdiccionales y sobretudo la ineficacia de las sentencias dictadas en relación a los fines pretendidos por los recurrentes, ya que

dichas sentencias se limitaban a recoger en la mayoría de los casos una simple indemnización.

Por ello, era necesario establecer mecanismos de control preventivo eficaces para hacer frente a las irregularidades producidas en los procedimientos de contratación. No solo como fuentes de corrupción sino sobretudo por el grave perjuicio para el erario público que representaban. Frente a ello, las garantías del procedimiento de contratación van dirigidas a obtener la oferta económicamente más ventajosa y no aquella obtenida mediante la distorsión del procedimiento de contratación en favor del beneficio de una empresa frente a otras, lo que determina, en definitiva, que los contratos tengan un sobrecoste para la Administración.

Un paso fundamental al respecto supuso la aprobación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras y la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, las que regularon en un primer momento los procedimientos de recurso en materia de contratos adjudicados por los poderes adjudicadores.

La Exposición de Motivos de la Directiva 89/665 pone de relieve que los mecanismos existentes destinados a garantizar la aplicación de la normativa en mate-



<sup>1</sup> Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014) (<http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>).

ria de contratación pública, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse.

La necesaria apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria precisa de un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y resultan importantes, para que tenga efectos concretos. Para ello es necesario que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho.

Dicha Directiva, parte de la premisa de que la ausencia de los medios de recursos eficaces o la insuficiencia de los medios de recursos existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate y por ello es importante que los Estados miembros remedien esta situación.

Partiendo de la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, el objetivo de la Directiva es que los organismos competentes para resolver los recursos estén habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador podría eventualmente adoptar; y la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas y para ello regula el recurso especial en materia de contratación para garantizar que en todos los Estados miembros se sigan procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción.

Estas Directivas fueron sustancialmente modificadas por la denominada Directiva de recursos, 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que es la actualmente en vigor en la materia del recurso especial.

Sin embargo, la legislación española fue reticente a la trasposición de las Directivas de Recursos. La Ley 13/1995, de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) no incorporaba de manera consciente el contenido de aquellas porque según su Exposición de Motivos “la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la Directiva 89/665/CE, además, en nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procesales y procedimentales vigentes, se ajusta ya a su contenido”.

No obstante, esta no era la opinión de los operadores comunitarios. La Sentencia del Tribunal de Justicia de

la Unión Europea de 15 de mayo de 2003, (Comisión -Reino de España C-214/00), se encargó de poner de manifiesto el incumplimiento del Reino de España de las exigencias establecidas en las Directivas de recursos, en relación con dos aspectos. De un lado, por no haber extendido el sistema de recursos previsto en las Directivas a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, incluidas las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil. Y por otro lado, por no permitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite, y finalmente, por no haber previsto la posibilidad de que se adopten todo tipo de medidas cautelares procedentes en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa.

El primer paso para la regulación del recurso especial y de los órganos encargados de su resolución lo dieron los artículos 37 y 38 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que traspone la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros, si bien en materia de recursos la norma traspuesta por la LCSP es la Directiva 89/665/CEE, que pasó por varios hitos. En paralelo, 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 tales contratos.

Con posterioridad a la aprobación de ambas normas se aprueba la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica la anteriores directivas de recursos. La razón determinante de esta modificación fue la constatación de una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en los Estados Miembros, en particular en una etapa en la que aún podrían corregirse las infracciones.

Entre esos puntos débiles detectados destacaba la ausencia de un plazo suspensivo mínimo entre la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, lo que conducía en ocasiones a una firma muy acelerada de éste haciendo irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida.

Posteriormente la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008, volvió a declarar el incumplimiento del Reino de España en relación con la trasposición de la Directiva 89/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, al no prever un pla-

zo 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.

En octubre de 2009, la Comisión Europea instó oficialmente a España a dar cumplimiento a la STJCE de 3 de abril de 2008, a lo que debe sumarse la necesidad de trasposición de la Directiva de recursos, 2007/66/CE, ya que el plazo de trasposición finalizaba el 20 de diciembre de 2009.

De esta forma para abarcar ambos fines, se dictó 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 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El proceso legislativo descrito culminó con el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en cuyo capítulo VI del Título I del Libro I, bajo la rúbrica “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resoluciones de conflictos”, se recoge el régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación pública.

Se trata de un recurso potestativo, previo al contencioso administrativo, especial ya que sólo procede contra determinados actos y relación a algunos contratos y exclusivo ya que contra los actos en que procede el recurso especial no cabe otro recurso en vía administrativa.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN COMO MECANISMO DE CONTROL PREVENTIVO

La virtualidad del recurso especial reside en tratarse de un recurso en materia de contratación pública de carácter rápido y eficaz, con el objeto de impedir que se consoliden situaciones de ilegalidad, que se verían reparadas únicamente tras la resolución del correspondiente recurso ante los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Todo control preventivo de las irregularidades en los procedimientos de contratación pública supone que su eficacia esté condicionada a que se pueda suspender inmediatamente el procedimiento y que, en consecuencia, se puedan reparar la irregularidades cometidas de manera rápida.

En respuesta a tales caracteres, el recurso especial cumple dicho papel por tratarse de:

1. Recurso rápido: tiene unos plazos de resolución muy breves, que en función de los trámites que se precisen, oscila entre 15 y 20 días hábiles.
2. Produce efectos suspensivos automáticos en caso de que el acto impugnado sea la resolución de adjudicación y en otro caso, la suspensión podrá ser acordada por el órgano competente para su resolución. Hay que resaltar que la suspensión cautelar del procedimiento es la clave de este recurso puesto que el interés del recurrente sólo se verá satisfecho si obtiene respuesta a su pretensión durante la tramitación del procedimiento de contratación con carácter previo a la perfección del contrato que se produce con la formalización del mismo.

Si lo que se impugnan son los pliegos que rigen la licitación, la pretensión del recurrente es que se corrijan en los mismos los defectos advertidos, por tanto, la pretensión está ligada a la suspensión del procedimiento de contratación a fin de que se subsanen los defectos advertidos.

Si el objeto del recurso es un acto de trámite como la exclusión del recurrente del procedimiento de contratación, aquí el interés en la suspensión es más claro puesto que la estimación del recurso determinará en definitiva que su oferta sea valorada, lo que sin duda debe producirse durante el procedimiento de licitación y no una vez finalizado este.

Y por último si el acto recurrido es la resolución de adjudicación, la suspensión de la misma evitará la formalización del contrato y en caso de estimación del recurso se deberá dictar una nueva resolución de adjudicación quizá incluso a favor del recurrente.

Por todo ello, la suspensión cautelar de los procedimientos de contratación derivada de la interposición del recurso es esencial para, como indica el artículo 2 de la Directiva 89/665 “corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores”.

3. Respecto a la legitimación para interponer el recurso, la Directiva parte de la amplitud al respecto, indicando en el artículo 1.3 que “ Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a las modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean

accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”, esta legitimación amplia ha sido reconocida en el artículo 42 del TRLCSP.

La legitimación amplia con el fin de utilizar esta vía de control de la contratación pública que supone el recurso especial en materia de contratación, va inexorablemente unida a que no se pongan trabas para la utilización de la misma y de ahí que sea esencial el carácter gratuito del recurso así como la no necesidad de abogado ni procurador para la interposición del mismo. La utilidad y eficacia de este mecanismo va ligado sin duda a que, además de la rapidez en su resolución y la suspensión cautelar del procedimiento de licitación con motivo de la interposición del mismo, sea accesible a todos los licitadores y sin costes adicionales.

4. Por último, la pieza clave de este recurso es la independencia del órgano que ha de resolverlo y ésta queda garantizada cuanto mayor sea la distancia del órgano competente para su resolución respecto al órgano de contratación que dicta el acto objeto del recurso.

Y el artículo 2.8 de la Directiva 89/665 y el artículo 2.9 de la Directiva 2007/66 recogen las características que tiene que tener ese órgano independiente, señalando que “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. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia 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.”

En España se optó por la creación de Tribunales administrativos y así el artículo 41 del TRLCSP crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales como “órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de

sus competencias”. Respecto a las Comunidades Autónomas, el artículo 41.3 del TRLCSP dispone que: “en el ámbito de las CCAA, 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, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer. 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”. Asimismo, las Comunidades Autónomas que así lo estimen, podrán atribuir la competencia al Tribunal Central de Recursos Contractuales mediante la suscripción de un convenio con la Administración General del Estado.

### III. VIRTUALIDAD Y EFICACIA DE LOS ÓRGANOS DE RESOLUCIÓN DE RECURSOS CONTRACTUALES COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL

Tal y como señala Gimeno Feliu<sup>2</sup> “el sistema de recursos, además de la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción atendiendo al parámetro de respeto al derecho fundamental de la Unión Europea a una buena administración”.

En consecuencia, el sistema de recursos en materia de contratación pública exige una interpretación compatible con estos derechos (incorporados ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio), atendiendo a las pautas interpretativas determinadas por los tribunales, de la Unión o nacionales.

Cobra así especial importancia el sistema de recursos, como instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones.

Por ello, aun sin ser una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función

<sup>2</sup>J.M. Gimeno Feliu “El nuevo sistema de recursos en materia de contratación”, libro col.Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 211-258

de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos.

El Tribunal administrativo de recursos contractuales de Andalucía (TARCJA, en adelante), creado en virtud del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (BOJA nº 11, de 11 de noviembre), desde que inició su funcionamiento en virtud de la Orden de 14 de diciembre de 2011 (BOJA nº 24, de 21 de diciembre), ha dictado un total de 900 resoluciones.

El papel de este tipo de órganos a través de la resolución de los recursos es no solo de reparación de las situaciones ilegales, gozando para ello de fuerza ejecutiva sus resoluciones, sino también desempeña una labor doctrinal que ha de servir de pauta a todos los que participan en los procedimientos de contratación, tanto a los órganos de contratación como a los letrados e interventores que participan en las mesas de contratación.

La relevancia de la actuación de estos Tribunales se ha puesto de manifiesto en la descongestión de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito de la contratación pública que la actuación de los mismos ha supuesto. En el caso del TARCJA de las 900 resoluciones dictadas desde su constitución hasta el septiembre de 2015, sólo 54 de las mismas han sido recurridas ante la jurisdicción contenciosa y de esos recursos ya han sido resueltos en sentido favorable a la resolución del TARCJA 8 y en 8 de los recursos se ha acordado el archivo de las actuaciones, sin que hasta ahora haya habido ninguna sentencia contraria a lo resuelto por el TARCJA.

Esto pone de relieve que la motivación y calidad de las resoluciones dictadas por el TARCJA constituyen la principal arma disuasoria para acudir a las jurisdicción contencioso administrativa. La tardanza en la obtención de una sentencia favorable derivada de la saturación de los tribunales contenciosos, sino sobretodo el no tener visos de prosperar su acción frente a la resolución del Tribunal contractual dada la motivación de la resolución dictada por éste, determina que sean escasas las resoluciones del TARCJA recurridas en el citado orden jurisdiccional con el consiguiente ahorro para la Administración derivado del coste que estos procesos judiciales suponen.

#### **IV. NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE LOS TRIBUNALES DE RESOLUCIÓN DE RECURSOS CONTRACTUALES**

La Directiva 89/665/CEE modificada por la Directiva 2007/66/CE relativa a la mejora de la eficacia de los

procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, llamadas por la doctrina, Directiva de recursos, permite alternativamente que el órgano que resuelva el recurso especial sea de naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional, así resulta, aunque con una redacción un tanto confusa, del artículo 2.9 al disponer que:

“9. Cuando los órganos responsables de los procedimientos del recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ser siempre motivadas por escrito. Además, en este caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que 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”.

La Sentencia del TCEE de 4 de febrero de 1999, As. C-103/97, Josef Köllensperger y Atzwanger, apartado 29, vino a clarificar esta doble posibilidad que la Directiva de recursos ofrecía en cuanto a la configuración del órgano encargado de resolver el recurso especial y así señaló:

“En virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 8 del artículo 2, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos.

La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665”.

Ahora bien, lo que resulta evidente del citado artículo 2.9 de la Directiva 89/665, es que en caso de que se opte por la configuración del órgano encargado de resolver el recurso especial como órgano administrativo, opción que ha seguido el sistema español, dicho órgano tiene que ser en todo caso independiente del poder adjudicador y del cualquier órgano que intervenga en el procedimiento de contratación o del que aquél dependa. Así el párrafo segundo de dicho precepto señala que:

“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. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia 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.”

De este precepto resultan los tres elementos claves a tener en cuenta para la configuración de estos tribunales cuales son la independencia, la cualificación jurídica y la especialización de quienes componen el Tribunal.

Estas tres características se plasmaron en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) en cuyo artículo 41 se dispone que la resolución del recurso especial se encargará a un “órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias” y exige que el Presidente y Vocales sean funcionarios de carrera del cuerpo o escala para el que se necesite el título de licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

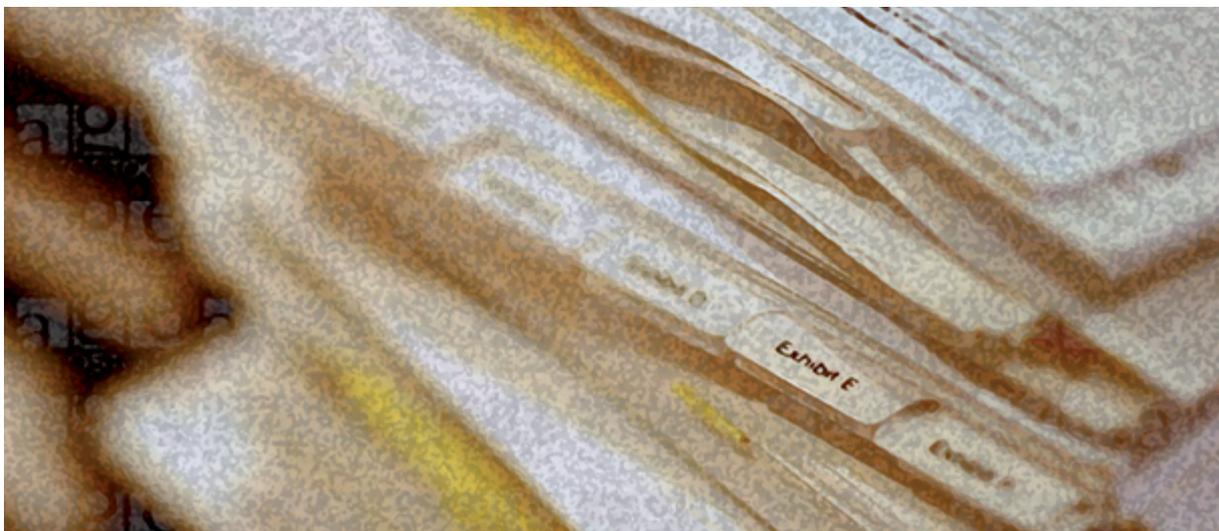
Y respecto a las Comunidades Autónomas, el artículo 41.3 del TRLCSPP dispone que “en el ámbito de las CCAA, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen

un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer. 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”.

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (BOJA nº 11, de 11 de noviembre) se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), como órgano de carácter especializado, que actuará con plena independencia funcional.

Su titular será nombrado por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda, entre personas funcionarias de carrera con licenciatura o grado en Derecho, que hayan desempeñado su actividad por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo, relacionado directamente con la contratación pública en el caso del Presidente y de diez años en caso de los vocales.

En cuanto a la autoridad encargada del nombramiento de los miembros de estos Tribunales, la Ley 34/2010, al modificar la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, intentó ser lo más respetuosa posible con las Directivas de recursos, que, como hemos indicado disponían que los miembros de aquéllos “estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en cuanto a la autoridad responsable de su nombramiento” y de ahí que dispusiera que en el caso del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sus miembros fueran nombrados por el Consejo de Ministros



a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia (artículo 41.1 párrafo sexto del TRLCSP) y ello llevó a que en Andalucía se atribuyera competencia para el nombramiento de los miembros del TARCJA también al Consejo de Gobierno.

## V. NATURALEZA CUASIJURISDICCIONAL DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES

La Ley 34/2010, de 5 de agosto no solo modificó 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, regulando el recurso especial en materia de contratación sino que también modificó la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, e introdujo dos apartados nuevos en los artículos 19 y 21. Esta modificación tiene especial interés en cuanto que refuerza el carácter independiente y cuasijurisdiccional de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación.

Así, por un lado se añade un apartado 4 al artículo 19 del la LJCA con la siguiente redacción:

“4. Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad.”

Esto se conecta con el artículo 49 del TRLCSP que dispone que las resoluciones del recurso especial en materia de contratación agotan la vía administrativa y por tanto, “contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Ahora bien, la novedad que introduce la Ley 34/2010, es que dichas resoluciones podrán ser recurridas por la propia Administración a la que está adscrito el Tribunal, lo que viene a reforzar el carácter independiente del órgano respecto a la Administración, con la que tiene sólo una adscripción orgánica pero no funcional. Lo que de facto supone que el propio Gobierno encargado de nombrar a los miembros del Tribunales puede recurrir las resoluciones de éste, si estima que le son perjudiciales para el interés público al que representa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014 que resuelve el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 2013 por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 26 de marzo de 2013 del mismo Tribunal que declaró no haber lugar a suspender la eficacia de la resolución del Organo Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña de 2 de enero de 2013, que resolvía el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat del Departamento del Territorio y Sostenibilidad, vino a poner de manifiesto la peculiaridad de este tipo de tribunales señalando que “ tal singularidad localizada exclusivamente en el ámbito de la contratación administrativa, consiste en que la Administración que recurre un acto de un órgano de la propia Administración, aunque dotado dentro de ella de independencia y autonomía funcional, situación sin precedentes en el sistema de la LJCA, que constituye una novedad muy relevante, abierta por la modificación introducida en dicha ley por la actual Ley 34/2010, y al mismo tiempo sin paralelo en la LJCA fuera del supuesto a que se refiere (al margen de la previsión general del recurso de lesividad que nada tiene que ver con lo que ahora nos ocupa)”.

Ahora bien, lo que a mi juicio tiene una mayor importancia y que pone de manifiesto que pese a tener naturaleza administrativa, estos Tribunales tienen además carácter cuasijurisdiccional, es el hecho de que en los procedimientos contencioso-administrativos que se entablen contra sus resoluciones, estos órganos no tienen la condición de demandados.

Así resulta del nuevo apartado 3 que se añade al artículo 21 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), con la siguiente redacción:

“3. En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49”.

Esta cuestión es una importante novedad en cuanto que no tiene otro precedente respecto a ningún otro órgano cuyas resoluciones una vez agotada la vía

administrativa sean recurridas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Y señalamos la importancia de esta cuestión en la medida en que al no tener la condición de demandado en el procedimiento contencioso-administrativo que se interponga contra su resolución, determina que dicha condición la ostente la persona o Administración favorecida por la resolución del Tribunal de recursos contractuales que es el objeto del recurso contencioso-administrativo.

Ello determina que el Tribunal sea considerado como una especie de “Juzgado de primera instancia” cuyas “sentencias” pueden ser recurridas ante el Tribunal Superior pero dicho Juzgado no tiene la condición de demandado, de ahí el carácter “cuasijurisdiccional” de los nuevos Tribunales administrativos de recursos contractuales.

Pero esto implica además, otra cuestión de gran trascendencia como es la de la defensa de las resoluciones del Tribunal de contratos en el citado orden contencioso-administrativo. Al no tener la condición de demandado, la defensa no recaerá en el Servicio Jurídico del Estado o Comunidad Autónoma de que se trate, como sucedería en caso de tener la condición de demandado.

Así en el caso de Andalucía, el Decreto 450/200, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, modificado por el Decreto 367/2011, de 20 de diciembre, atribuye a éste, a través de los Letrados adscritos al mismo, la representación y defensa en juicio de la Administración de la Junta de Andalucía, de su Administración institucional y del Consejo Consultivo.

En los recursos contenciosos que se interpongan contra las resoluciones del TARCA la defensa de la resolución recurrida, no corresponde al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en todos los casos, como sucede en el resto de recursos contencioso-administrativos que se interponen contra actos de los órganos de la Administración autonómica, sino que corresponderá los letrados de la Administración autora del acto recurrido ante el TARCA (que pueden ser de la Junta de Andalucía o bien letrados de Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, de Universidades Públicas Andaluzas o letrados del Servicio Andaluz de Salud) o abogados del recurrente, que se vieron favorecidos por la resolución de recurso especial en materia de contratación que dictó el TARCA.

## VI. LA POSIBILIDAD DE PLANTEAR CUESTIONES PREJUDICIALES POR PARTE DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

El artículo 19.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará “con carácter preju-

dicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”.

Y el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que “cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

Procede señalar que, en su jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 267 TFUE, desarrollada en su mayor parte tras la adopción de la Directiva 89/665, el Tribunal de Justicia ya ha aplicado los criterios relativos al concepto de “órgano jurisdiccional” en el sentido del artículo 267 TFUE de un modo flexible. Esto ha permitido que diversos órganos de recurso, establecidos por los Estados miembros también en el sector de los contratos públicos, pudieran plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Al relativizar los criterios a los que supedita el reconocimiento de la condición de “órgano jurisdiccional”, el TJUE también ha considerado como órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 TFUE a los órganos administrativos que resuelven en última instancia en distintos sectores del Derecho de la Unión.

Así en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Dors Consult (C-54/96) de 17 de diciembre de 1997, señaló que “para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia” y se remitía a reiterada jurisprudencia del TJUE puesta de manifiesto en las sentencias de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels, I – 4992, 61/65, Rec. p. 377; de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò/X, 14/86, Rec. p. 2545, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, Danfoss, 109/88, Rec. p. 3199, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, C-393/92, Rec. p. I-1477, y de 19 de noviembre de 1995, Job Centre, C-111/94, Rec. p. I-3361, apartado 9.

Por tanto, el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico español haya optado por atribuir la función de resolución de los recursos especiales en materia de contratación a “tribunales administrativos”, no empece para

que éstos puedan plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE siempre que los mismos reúnan las características que el propio TJUE ha venido fijando para tener la consideración de “órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 del TFUE”.

Esta posibilidad fue defendida por el Abogado General S.R. Nilo Jääskinen en la Conclusiones presentadas el pasado 7 de julio de 2015 en el Asunto C-203/14, relativo a cinco cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en el marco de un recurso especial contra la resolución de la mesa de contratación interpuesto por el Consorci Sanitari del Maresme para que se le permitiera participar en el procedimiento de contratación de servicios de resonancia nuclear magnética organizado por la Corporació de Salut del Maresme i la Selva.

El Tribunal de JUE (Gran Sala) en la reciente sentencia de 6 de octubre de 2015<sup>3</sup>, finalmente ha reconocido que el Tribunal Catalán de Contractes del Sector Públic es un «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros», en el sentido del artículo 267 TFUE, y por ello admitió la cuestión prejudicial planteada por este.

El Abogado General S.R. Nilo Jääskinen analiza en sus Conclusiones cada uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJUE para calificar de “órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE”, respecto al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. En particular, el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Concluye que “de las consideraciones anteriores se desprende que el Tribunal Catalán de Contractes del Sector Públic, en cuanto órgano administrativo colegiado especializado instituido por la normativa nacional, cuya competencia legal no depende de la voluntad de las partes y que adopta resoluciones vinculantes, cumple los criterios que emanan de la jurisprudencia para ser calificado de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» en el sentido del artículo 267 TFUE (...). Por tanto, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse acerca de las cuestiones prejudiciales que le plantea dicho órgano y la petición de decisión prejudicial es admisible.”

La citada STJUE de 6 de octubre de 2015 analiza cada uno de los requisitos expuestos para concluir que el Tribunal Catalán los reúne y por tanto es competente para plantear cuestiones prejudiciales. Así señala:

“En primer lugar, por lo que respecta a la apreciación del carácter de «órgano jurisdiccional», en el

sentido del artículo 267 TFUE, del órgano remitente, cuestión que depende únicamente del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de circunstancias, como son el origen legal del órgano, su **permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia** (véanse, entre otras, las sentencias Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, y Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08, EU:C:2009:767, apartado 35 y jurisprudencia que allí se cita).

Es preciso poner de relieve, pues, que aunque el Tribunal Catalán de Contractes del Sector Públic se considere en Derecho español un órgano administrativo, como se desprende de la resolución de remisión, tal hecho no resulta, en sí, decisivo a efectos de esta apreciación.

En primer término, por lo que respecta a los criterios referentes al origen legal del órgano, a su permanencia, al carácter contradictorio del procedimiento y a la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, los autos en poder del Tribunal de Justicia no contienen dato alguno que permita poner en entredicho carácter de órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 267 TFUE, del Tribunal Catalán de Contractes del Sector Públic.

A continuación, en cuanto al criterio de la independencia, se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que el Tribunal Catalán de Contractes del Sector Públic tiene la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal (véanse las sentencias Corbiau, C-24/92, EU:C:1993:118, apartado 15, y Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 49). En este contexto, es evidente que dicho Tribunal ejerce 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 (véase la sentencia Torresi, C-58/13 y C-59/13, EU:C:2014:2088, apartado 22), estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros (sentencias Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 51, y TDC, C-222/13, EU:2014:2265, apartado 30).

Es pacífico, además, que dicho Tribunal ejerce sus funciones con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las partes en litigio y a

<sup>3</sup> STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14.



sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio. Por otra parte, con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Decreto 221/2013 de la Generalidad de Cataluña, los miembros de ese órgano son inamovibles, y sólo pueden ser cesados por alguna de las causas expresamente enumeradas en esa disposición (véanse las sentencias Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartados 52 y 53, y TDC, C-222/13, EU:2014:2265, apartados 31 y 32). Por lo tanto, el órgano remitente cumple el criterio de independencia.

Por último, en lo que respecta al carácter obligatorio de la jurisdicción del órgano remitente, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 267 TFUE, ciertamente es preciso hacer constar que, según dispone el artículo 40, apartado 6, del Real Decreto Legislativo 3/2011, la competencia del órgano remitente tiene carácter potestativo. Así, quien interpone un recurso en materia de contratación puede optar entre el recurso especial ante el órgano remitente y el recurso contencioso-administrativo.

Sin embargo, procede recordar a este respecto, por una parte, que las resoluciones del órgano remitente, cuya competencia no depende de un acuerdo entre las partes, son vinculantes para estas últimas (véanse el auto Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92, apartado 18 y jurisprudencia que allí se cita, y la sentencia Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754, apartado 28).

Por otra parte, el Gobierno español precisó en la vista que, en la práctica, los licitadores en los pro-

cedimientos de adjudicación de contratos públicos no recurren por lo general a la posibilidad de interponer directamente recurso contencioso-administrativo, sin haber presentado previamente ante el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic un recurso especial como el que se examina en el litigio principal. Esencialmente, los tribunales contencioso-administrativos intervienen pues, por regla general, como segunda instancia, de modo que la tarea de velar por el respeto del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos en la Comunidad Autónoma de Cataluña incumbe en primer término al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic.

Dadas estas circunstancias, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic **cumple igualmente el criterio del carácter obligatorio de su jurisdicción.**

Vamos a analizar los citados requisitos jurisprudenciales para ser considerado “órgano jurisdiccional” que el Abogado General analiza en sus Conclusiones respecto al Tribunal catalán, pero respecto al Tribunal Andaluz (TARCJA), a efectos de determinar si sería competente para plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

### 1. Sobre el origen legal y sobre la permanencia del órgano remitente

En virtud del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (BOJA nº 11, de 11 de noviembre) se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), que aunque inicialmente funcionó como órgano unipersonal y en virtud del Decreto 120/2014, de 1 de agosto se acordó su funcionamiento como órgano colegiado, si bien formalmente éste no

empezó a funcionar como tal órgano colegiado hasta el Acuerdo de 13 de enero 2015, en virtud del cual el Consejo de Gobierno nombro los dos vocales previstos. Dicho Decreto contiene las disposiciones relativas, en particular, a la instauración, la competencia y la composición del TARCJA. De ese modo, se cumple claramente el criterio del origen legal de este órgano.

Por otro lado, en cuanto elemento del sistema de resolución jurisdiccional de los litigios en el sector de los contratos públicos, el TARCJA cumple la exigencia de permanencia. En efecto, aunque los miembros del citado Tribunal son nombrados por un mandato renovable de cinco años, es no obstante permanente como órgano de Derecho público, y no es por tanto una instancia *ad hoc* establecida para resolver un litigio concreto.

### 2. Sobre el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación de normas jurídicas

Por lo que respecta al carácter contradictorio del procedimiento iniciado mediante un recurso especial ante el TARCJA, según el artículo 46 del Real Decreto Legislativo 3/2011, las partes tienen la posibilidad de presentar observaciones y pruebas ante el órgano competente para resolver el litigio.

En otro orden de cosas, éste controla la legalidad de las resoluciones en materia de contratos públicos, ya que fue creado para cumplir las obligaciones que derivan de la Directiva 89/665, en particular, la obligación de garantizar que pueda interponerse, contra las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, un recurso efectivo basado en una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transponen dicho Derecho. Por tanto, el TARCJA en cuanto órgano competente para conocer de esos recursos, aplica manifiestamente normas jurídicas.

### 3. Sobre la independencia

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de independencia es inherente a la función de juzgar e implica, ante todo, que el órgano de que se trate tenga la condición de tercero en relación con la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida. Este concepto consta de dos aspectos.

El primero, externo, supone que el órgano ha de estar protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento

por sus miembros de los litigios que se les sometan. El segundo aspecto, interno, se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica<sup>4</sup>.

Tales garantías de independencia e imparcialidad exigen la existencia de reglas, especialmente en referente a la composición del órgano, al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima de los justiciables en que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio. La jurisprudencia considera que el requisito relativo a la independencia del órgano remitente sólo se cumple cuando los supuestos de cese de los miembros de dicho órgano están previstos en disposiciones legales expresas<sup>5</sup>.

En efecto, según el artículo 1 del Decreto 332/2011, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, es un órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional.

Por lo que respecta a la composición del órgano remitente, el artículo 2 del Decreto 332/2011 establece que está integrado por un presidente y por dos vocales, nombrados por Acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda, entre personas funcionarias de carrera con licenciatura o grado en Derecho. Deberán haber desempeñado su actividad por tiempo superior a quince años, la persona titular de la Presidencia, y a diez años, las personas titulares de las Vocalías, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

Según el artículo 3 del citado Decreto 332/2011 las personas titulares de la Presidencia y de las Vocalías del TARCJA tendrán carácter independiente e inamovible, y solo podrán ser cesadas por alguna de las siguientes causas:

- a) Por expiración de su mandato.
- b) Por renuncia aceptada por el Consejo de Gobierno.
- c) Por pérdida de la nacionalidad española.
- d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones.

<sup>4</sup> Sentencias Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587), apartados 51 y 52 y jurisprudencia citada; RTLBelgiurn (C-517/09, EU:C:2010:821), apartados 39 y 40, Y TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), apartados 30 y 31.

<sup>5</sup> Sentencia TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), apartado 32, y auto Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274), apartado 24. No obstante, procede señalar que, en la sentencia Köllensperger y Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52), apartados 20 a 25, el Tribunal de Justicia abandonó dicho requisito y consideró el órgano remitente como un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros pese a la inexistencia de disposiciones específicas acerca de la recusación y la inhibición de sus miembros.

e) Por condena por sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito.

f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

Aunque el TARCJA se adscribe orgánicamente a la Consejería competente en materia de Hacienda no está sujeto a ningún vínculo jerárquico ni a instrucciones de ningún tipo de los órganos de las administraciones públicas afectadas.

Por último, debe señalarse, tal y como ya se ha expuesto, el TARCJA no tiene la condición de parte demandada cuando se impugnan sus resoluciones. Ciertamente, las resoluciones y los actos adoptados por el Tribunal pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo, pero se trata de una tutela judicial de segunda instancia, que no priva a las resoluciones del dicho órgano de su carácter jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE. Las resoluciones del órgano remitente no pueden ser objeto de recurso en vía administrativa.

#### 4. Sobre el carácter obligatorio del TARCJA

La cuestión esencial a este respecto, tal y como puso de manifiesto el Abogado General S.R. Nilo Jääskinen en sus conclusiones, es si el hecho de que el recurso ante el órgano remitente no sea la única vía de recurso disponible excluye, pese al carácter vinculante de sus resoluciones, la posibilidad de calificar dicho órgano como «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» en el sentido del artículo 267 TFUE.

El recurso especial en materia de contratación, se configura como recurso potestativo (artículo 40.6 del TRLCSP), si bien el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, ahora en tramitación, lo configura como un recurso obligatorio previo al contencioso-administrativo.

El carácter obligatorio del Tribunal puede responder a dos aspectos, o bien a que el recurso ante el mismo es la única vía de recurso posible o bien a que sus resoluciones son vinculantes, tal y como puso de manifiesto la sentencia Dorsch Consult<sup>6</sup>.

En la citadas conclusiones, el Abogado General acoge el parecer de los Abogados Generales Ruiz-Jarabo Colomer, Kokott y Szpunar, que consideran que el término “obligatorio” debe referirse más al hecho de que las decisiones del órgano remitente tengan carácter vinculante que al hecho de que el recurso ante dicho órgano sea la única vía de recurso posible.

Según el Tribunal de Justicia<sup>7</sup>, la existencia de una vía de recurso alternativa a una vía jurisdiccional en sentido estricto no excluye necesariamente que el órgano ante el que se interpone ese recurso alternativo pueda calificarse de “órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros” en el sentido del artículo 267 TFUE. Aunque la existencia de una única vía de recurso se mencione en varias sentencias del Tribunal de Justicia, el Tribunal de Justicia nunca ha considerado que un órgano remitente pueda no ser calificado de “órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros” en el sentido del artículo 267 TFUE por el mero hecho de que, en la materia de que se trataba, existieran varias vías de recurso posibles.

Ahora bien, si embargo el TJUE no ha reconocido el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 TFUE a tribunales como el tribunal arbitral convencional, cuya decisión de someterse a su competencia queda a la voluntad de las partes y sin embargo sí ha reconocido tal carácter<sup>8</sup> a un tribunal arbitral que tenía un origen legal, cuyas decisiones eran vinculantes para las partes y cuya competencia no dependía del acuerdo entre éstas.

Hay que señalar que las resoluciones del TARCJA son vinculantes para las partes y ejecutivas. Tienen los mismos efectos que las resoluciones adoptadas por una instancia de contencioso-administrativo de primera instancia, aunque luego se presente un recurso ante un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo superior correspondiente. Considero que, cuando no existe un recurso ante una instancia de lo contencioso-administrativo, las resoluciones del Tribunal representan la única solución vinculante y definitiva del litigio entre el poder adjudicador y el licitador. De ese modo, como resalta el Abogado General S.R. Nilo Jääskinen, las resoluciones se caracterizan por una autoridad análoga al efecto del principio de *res iudicata*.

Como ya se ha señalado, en el caso del TARCJA de las 900 resoluciones dictadas por el mismo, sólo se ha recurrido en el orden contencioso-administrativo 54, lo que pone de manifiesto que en un 95% de sus resoluciones ha sido la única solución vinculante para el conflicto y que han aceptado las partes poniendo fin al litigio.

## VII. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto acerca de la naturaleza de los tribunales encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación, pone de manifiesto el que éstos constituyan un mecanismo de control de la irregulari-

<sup>6</sup> C-54/96, EU:C:1997:413

<sup>7</sup> Sentencia Emanuel C-259/04, EU:C:2006:215 y Sentencia Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), apartado 29.

<sup>8</sup> Sentencias Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), apartados 7 a 9, y Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), apartados 28 y 29. Véase también el auto Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), apartados 18 y 19.

dades en la contratación pública y como señaló la citada Sentencia del Tribunal Supremo en el recurso de casación Núm.: 3014/2013<sup>9</sup> “se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para “hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida” Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar “por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz”.

Así, pues, la perspectiva, desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeo y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, **concorre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa** (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).<sup>10</sup>

Finalmente concluye, en la misma sentencia, que las resoluciones de los tribunales y órganos de recursos contractuales, tienen una “*singular relevancia*” por haberlo querido así el legislador europeo y, en consonancia, el español.

Además hay que resaltar el reconocimiento ya del carácter cuasijurisdiccional de estos Tribunales por la reciente STJUE de 6 de octubre de 2015 antes comentada, que supone el reconocer las notas de independencia,

imparcialidad, origen legal y carácter obligatorio de sus resoluciones.

Creo que el papel de este tipo de Tribunales con la doctrina que van asentando a través de sus resoluciones, es esencial tanto para los poderes públicos, en cuanto guía de los procedimientos que vayan a tramitar, sino también un instrumento ágil para los operadores económicos, que pueden hacer frente a los irregularidades que se produzcan durante la tramitación de los contratos en los que ellos participan y ser atendidas sus pretensiones a través de un recurso rápido y resuelto por un órgano independiente y especializado.

Estos Tribunales constituyen un instrumento básico de control de las prácticas de corrupción en materia de contratación pública, configurándose así como uno de los principales mecanismos de que dispone la Administración Pública para asegurar la transparencia y buen gobierno en un sector tan vital para la economía como es la contratación pública y lograr el respeto de los principios básicos de la contratación pública que recoge el artículo 1 del TRLCSP “principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obra, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguardia de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

<sup>10</sup> STS de 5 de noviembre de 2014, recurso de casación nº 3019/2013.